

المَغْنَى

لَمُؤَفِّقِ الدِّينِ أُمِّي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ
٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد القضاة محمد راحلو

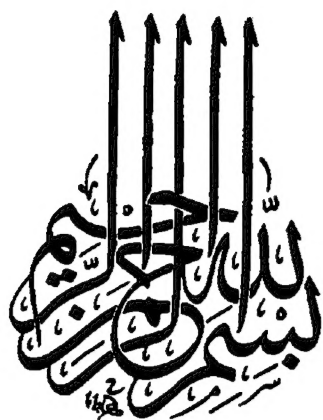
الدكتور

عبد الرحمن بن عبد المحسن التركي

المجلد الثامن

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

الطباع - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٢٣٦
للمملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

/ كتاب الإجازات

٧٨/٥ و

الأصل في جَوَازِ الإِجَارَةِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ، وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ . فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُولَئِكَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ . قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُلْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى ابْنُ مَاجَةَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) عَنْ عُتْبَةَ بْنِ النَّدْرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَرَأَ : ﴿ طَسَ ﴾ حَتَّى إِذَا بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ أَجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي حَجَّجٍ ، أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةٍ فَرَجِهِ ، وَطَعَامٍ بَطْنِيهِ » . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٤) . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ اخْتِذِ الْأَجْرِ عَلَى إِقَامَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَكَبَتْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّبَلِ هَادِيًا بِخَرِيَّتَيْهِ ^(٥) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصَمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ عَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤) سورة الكهف ٧٧ .

(٥) الخريت : هو الماهر بالهداية .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب استعجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا استأجر أجنبيًا للعمل له بعد ثلاثة أيام ... ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ١١٦/٣ ، ٧٦/٥ .

اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوَىٰ مِنْهُ وَلَمْ يُوفِّهِ أَجْرَهُ ^(٦) . والأخبارُ في هذا كثيرة . وأجمع أهل العلم في كلِّ عصرٍ وكلِّ مضرٍ على جوازِ الإجارة ، إلا ما يُحكى عن عبد الرحمن ابن الأصم ^(٧) أنه قال : لا يجوزُ ذلك ؛ لأنه غررٌ . يعنى أنه يعقدُ على منافع لم تُخلق . وهذا غلطٌ ، لا يمنعُ انعقادُ الإجماعِ الذى سبقَ فى الأعصار ، وسارَ فى الأنصار ، والعبارةُ أيضاً دالةٌ/ عليها ؛ فإنَّ الحاجةَ إلى المنافع كاللحاجةِ إلى الأغنياء ، فلما جازَ العقدُ على الأغنياء ، وجبَ أن تجوزَ الإجارةُ على المتافع ، ولا يخفى ما بالناسِ من الحاجةِ إلى ذلك ، فإنه ليس لكلِّ أحدٍ دارٌ يملكُها ، ولا يقدِرُ كلُّ مسافرٍ على بيعٍ أو دابةٍ يملكُها ، ولا يلزمُ أصحابُ ^(٨) الأملاكِ إسكانُهم وحملُهم تطوُّعا ، وكذلك أصحابُ الصنائعِ يعمَلونَ بأجرٍ ، ولا يُمكنُ كلُّ أحدٍ عملُ ذلك ، ولا يجدُ متطوعاً به ، فلا بُدَّ من الإجارةِ لذلك ، بل ذلك ممَّا جعلَهُ الله تعالى طريقاً للرزقِ ، حتى إنَّ أكثرَ المكاسبِ بالصنائعِ . وما ذكره من الغررِ ، لا يلتفتُ إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجةِ ، فإنَّ العقدَ على المنافع لا يُمكنُ بعدَ وجودِها ، لأنَّها تُتلفُ بمضيِّ الساعاتِ ، فلا بُدَّ من العقدِ عليها قبلَ وجودِها ، كالسَّلَمِ فى الأغنياء .

فصل : واشتقاقُ الإجارةِ من الأجرِ ، وهو العوضُ ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ ^(٩) . ومنه سُمِّيَ الثَّوَابُ أَجْرًا ؛ لأنَّ الله تعالى يُعَوِّضُ الْعَبْدَ به على طاعته ، أو صبرِهِ على مُصِيبَتِهِ .

(٦) فى : باب إثم من باع حراً ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(٧) عبد الرحمن بن كيسان الأصم ، أبو بكر شيخ المعتزلة ، اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، توفى سنة إحدى ومائتين . سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩ .

(٨) فى الأصل : « صاحب » .

(٩) سورة الكهف ٧٧ .

فصل : وهى نوع من البيع ، لأنها تمليك^(١٠) من كل واحد منهما لصاحبه ،
فهى بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأغيان ، لأنه^(١١) يصح تمليكها فى حال الحياة ،
وبعد الموت ، وتضمن باليد والإتلاف ، ويكون عوضها عتبا وذينا . وإنما اختصت
باسم كما اختص بعض البيوع باسم ، كالصرف ، والسلم . إذ أثبت هذا فإنها تنعقد
بلفظ الإجارة والكراء ؛ لأنهما موضوعان لها . وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان ؛
أحدهما ، تنعقد به ؛ لأنها بيع فانهقدت بلفظه ، كالصرف . والثانى ، لا تنعقد به ؛
لأن فيها معنى خاصا ، فافترت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تُضاف
إلى العين / التى يُضاف إليها البيع إضافة واحدة ، فاحتيج إلى لفظ يُعرف ويُفرق بينهما ،
كالمعقود المتباينة ، ولأنه عقد يُخالف البيع فى الحكم والاسم ، فأشبهه التكاخ .

فصل : ولا تصح إلا من جائز التصرف ؛ لأنه^(١٢) عقد تمليك فى الحياة ، فأشبهه
البيع .

٧٩/٥ و

٨٩١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، بِأَجْرَةٍ
مَعْلُومَةٍ ، فَقَدْ مَلَكَ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ ، وَمَلَكَتْ عَلَيْهِ الْأَجْرَةُ كَامِلَةً ، فِى وَقْتِ
الْعَقْدِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَا أَجَلًا)

هذه المسألة تدل على أحكام سبعة ؛ أحدها ، أن المعقود عليه المنافع . وهذا قول
أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أصحاب الشافعى . وذكر
بعضهم أن المعقود عليه العين ؛ لأنها الموجودة ، والعقد يُضاف إليها ، فيقول :
أجرتك داري^(١٣) كما يقول : يعتكها^(١٤) . ولنا ، أن المعقود عليه هو المستوفى

(١٠) فى ب : ملك .

(١١) فى ب : لأنها .

(١٢) فى م : لأنها .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بالعقد ، وذلك هو المنافع دون الأغيان ، ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ، ولهذا تضمن دون العين ، وما كان العوض في مقابلته ، فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة . ولو قال : أجزرتك منفعة دارى . جاز . الثانى ، أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة ، كشهري وسنة . ولا خلاف في هذا تعلمه ، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل . / فإن قدر المدة سنة مطلقة ، حمل على سنة الأهلة ؛ لأنها المعقودة في الشرع ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ (١) فوجب أن يحمل العقد عليه . فإن شرط هلاية ، كان تأكيداً ، وإن قال : عديته ، أو سنة بالأيام . كان له ثلاثمائة وستون يوماً ؛ لأن الشهر العديى يكون ثلاثين يوماً . وإن استأجر سنة هلاية أول الهلال ، عد اثنتى عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً ؛ لأن الشهر الهلالى ما بين الهلالين ، ينقص مرة ويزيد أخرى . وإن كان العقد في أثناء شهر ، عد ما بقى من الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمل الشهر الأول بالعدي ثلاثين يوماً ؛ لأنه تعدد إتمامه بالهلال ، فتمناه (٢) بالعدي ، وأمكن استيفاء ما عده بالهلال ، فوجب ذلك ؛ لأنه الأصل . وحكى عن أحمد رواية أخرى ، أنه يستوفى الجميع بالعدي ؛ لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدي ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذى يليه ، فيحصل ابتداء الشهر الثانى في (٤) أثانته ، فكذلك كل شهر يأتى بعده . ولأى حنيفة والشافعية كالروائتين . وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة . وإن جعل المدة (٥) سنة رومية أو شمسية أو فارسية

(٢) سورة البقرة ١٧٩ .

(٣) فى الأصل : ضمها . وفى ب : ضم .

(٤) فى ب : من .

(٥) سقط من : ب .

أَوْ قِبْطِيَّةً ، وَكَانَا يَغْلَمَانِ ذَلِكَ ، جَازَ ، وَ/ كَانَ لَهُ ثَلَاثُمِائَةٍ وَخَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا ، فَإِنْ الشُّهُورُ الرُّومِيَّةُ مِنْهَا سَبْعَةٌ أَحَدٌ وَثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَأَرْبَعَةٌ ثَلَاثُونَ يَوْمًا ، وَشَهْرٌ وَاحِدٌ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ يَوْمًا ، وَشُهُورُ الْقِبْطِ كُلُّهَا ثَلَاثُونَ ثَلَاثُونَ ، وَزَادُواهَا خَمْسَةَ أَيَّامٍ لَتِسَاوِيَ سَنَّتُهُمُ السَّنَةَ الرُّومِيَّةُ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَجْهَلُ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَجْهُولَةٌ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ أَجَرَهُ إِلَى الْعِيدِ ، انْصَرَفَ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ ، وَتَعَلَّقَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ غَايَةً ، فَتَنْتَهَى مُدَّةُ الْإِجَارَةِ بِأَوَّلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لِأَبْدَ مِنْ تَعْيِينِ الْعِيدِ فِطْرًا أَوْ أَضْحَى ، مِنْ هَذِهِ السَّنَةِ أَوْ سَنَةِ كَذَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ عُلِّقَ بِشَهْرِ يَقَعُ اسْمُهُ عَلَى شَهْرَيْنِ ، كَحِمَادَى وَرَبِيعٍ ، يَجِبُ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يَذْكُرَ الْأَوَّلَ أَوِ الثَّانِي ، مِنْ سَنَةِ كَذَا . وَإِنْ عُلِّقَ بِشَهْرِ مُفْرَدٍ ، كَرَجَبٍ وَشَعْبَانَ ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُبَيِّنَ مِنْ أَى سَنَةٍ . وَإِنْ عُلِّقَ بِيَوْمٍ ، فَلَا بُدَّ عَلَى قَوْلِهِ أَنْ يُبَيِّنَ مِنْ أَى أُسْبُوعٍ . وَإِنْ عُلِّقَ بِعِيدٍ مِنْ أَعْيَادِ الْكُفَّارِ ، صَحَّ إِذَا عَلِمَاهُ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ ، وَقَدْ مَضَى نَحْوُ مِنْ هَذَا .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أَنْ تَلِيَ الْعَقْدَ ، بَلْ / لَوْ أَجَرَهُ سَنَةُ خَمْسٍ ، وَهِيَ ٨٠/٥ ط فِي سَنَةِ ثَلَاثَ ، أَوْ شَهْرَ رَجَبٍ فِي الْمُحَرَّمِ . صَحَّ ، وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ^(٦) يَسْتَأْجِرَهَا مَنْ هِيَ فِي إِجَارَتِهِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَا لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَهُ فِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْعَيْنِ الْمَعْصُومَةِ . قَالَ : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ بَعِيرًا بِعَيْنِهِ إِلَّا عِنْدَ خُرُوجِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا^(٧) مُدَّةٌ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مَعَ غَيْرِهَا ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا مُفْرَدَةً مَعَ عُمُومِ النَّاسِ ، كَالَّتِي تَلِيَ الْعَقْدَ ، وَإِنَّمَا تُشْتَرَطُ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ عِنْدَ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ وُجُودُهُ وَلَا الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ حَالَ الْعَقْدِ ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ كَوْنِهَا مَشْغُولَةً أَوْ غَيْرَ مَشْغُولَةٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(٨) يَنْطَلُ

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : و أن هذه .

(٨) في م : ذكره .

بما إذا أُجِرَها من المُكْتَرَى ، فإنه يَصِحُّ مع ما ذَكَرَهُ^(٩) . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الإِجَارَةَ إنْ كَانَتْ عَلَى مُدَّةٍ تَلِيَّ الْعَقْدَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ ائْتِدَائِهَا مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَلِيَّهَ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ ائْتِدَائِهَا ، لِأَنَّهُ أَحَدُ طَرَفَيْ الْعَقْدِ ، فَاحْتِجَّ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، كَالِائْتِهَاءِ . وَإِنْ أَطْلُقَ . فَقَالَ : أُجِرْتُكَ سَنَةً ، أَوْ شَهْرًا . صَحَّ / وَكَانَ ائْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ . وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَصِحُّ حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ ، وَيَذْكُرَ أَيَّ سَنَةٍ هِيَ ؛ فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا شَهْرًا ، فَلَا يَجُوزُ حَتَّى يُسَمَّى الشَّهْرَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾^(١٠) . وَلَمْ يَذْكُرْ ائْتِدَاءَهَا . وَلِأَنَّهُ تَقْدِيرٌ بِمُدَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قُرْبَةٌ ، فَإِذَا أَطْلَقَهَا^(١١) ، وَجَبَ أَنْ تَلِيَ السَّبَبَ الْمَوْجِبَ^(١٢) ، كَمُدَّةِ السَّلَمِ وَالْإِيْلَاءِ ، وَتَفَارِقِ الْمَذْذَرِ ؛ فَإِنَّهُ قُرْبَةٌ .

فصل : وَلَا تَقْدَرُ أَكْثَرُ مُدَّةِ الإِجَارَةِ ، بَلْ تَجُوزُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ الْمُدَّةَ الَّتِي تَبْقَى فِيهَا وَإِنْ كَثُرَتْ . وَهَذَا قَوْلُ كَافَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الشَّافِعِيِّ اخْتَلَفُوا فِي مَذْهَبِهِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . الثَّانِي ، لَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى أَكْثَرِ مِنْهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلُ ثَالِثٍ ، أَنَّهَا لَا تَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةً ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَبْقَى أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَتَتَغَيَّرُ الْأَسْعَارُ وَالْأَجُورُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى إِنْخِبَارًا عَنْ شُعَيْبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّهُ قَالَ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ، وَشَرْعٌ مِنْ قَبْلُنَا شَرْعٌ لَنَا مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى نَسْخِهِ دَلِيلٌ . وَلِأَنَّ مَا جَارَ الْعَقْدَ عَلَيْهِ سَنَةً ، جَارَ أَكْثَرُ مِنْهَا ، كَالْبَيْعِ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « ذَكَرْنَاهُ » . وَفِي م : « ذَكَرُوهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْقَصَصِ ص ٢٧ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَطْلَقَا » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والتَّكَاحَ وَالْمُسَاقَاةَ ، وَالتَّقْدِيرُ بَسَنَةً / وَثَلَاثِينَ ، تَحَكَّمٌ لَا ذَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ
أَوَّلَى مِنَ التَّقْدِيرِ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ أَوْ نُقْصَانٍ مِنْهُ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ سَيِّئِينَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى تَقْسِيطِ
الْأَجْرِ عَلَى كُلِّ سَنَةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحَدٍ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ سَنَةً لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ
كُلِّ شَهْرٍ ، بِالِاتِّفَاقِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَهْرًا ، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ يَوْمٍ . وَلِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ كَالْأَعْيَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَلَوْ اشْتَمَلَتِ الصَّفَقَةُ عَلَى أَعْيَانٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَقْدِيرُ ثَمَنِ كُلِّ
عَيْنٍ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ كَقَوْلِنَا ، وَفِي الْآخَرِ : يَفْتَقِرُ إِلَى
تَقْسِيطِ أَجْرِ كُلِّ سَنَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ السَّيِّئِينَ ، فَلَا تَأْمَنُ^(١٣) أَنْ
يَتَفَسَّخَ الْعَقْدُ ، فَلَا يَعْلَمُ بِمَرَجِعٍ . وَهَذَا يُبْطِلُ بِالشُّهُورِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْسِيطِ الْأَجْرِ
عَلَيْهَا ، مَعَ الْاِحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرُوهُ .

فصل : والإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن يعقدها على مُدَّةٍ . والثاني ، أن يعقدها
على عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، كِبِنَاءِ حَائِطٍ ، وَخِيطَاةٍ قَمِيصٍ ، وَحَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ . فَإِذَا
كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ مِمَّا لَهُ عَمَلٌ كَالْحَيَوَانِ ، جَازَ فِيهِ الْوَجْهَانِ ؛ لِأَنَّ لَهُ عَمَلًا تَقْدَّرُ مَنَافِعُهُ
بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَمَلٌ كَالدَّارِ وَالْأَرْضِ ، لَمْ يَجْزِ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ . وَمَتَى تَقَدَّرَتِ الْمُدَّةُ ،
لَمْ / يَجْزِ تَقْدِيرُ الْعَمَلِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا يَزِيدُهَا
غَرًّا ، لِأَنَّهُ قَدْ يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، فَإِنْ اسْتُعْمِلَ فِي بَقِيَّةِ الْمُدَّةِ ، فَقَدْ
زَادَ عَلَى مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَانَ تَارِكًا لِلْعَمَلِ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، وَقَدْ لَا
يَفْرُغُ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْمُدَّةِ ، فَإِنْ أَتَمَّهُ عَمِلَ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْهُ لَمْ يَأْتِ بِمَا وَقَعَ
عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَهَذَا غَرٌّ أَمْكَنَ التَّحَرُّرُ عَنْهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِثْلُهُ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ ، فَلَمْ يَجْزِ
الْعَقْدُ مَعَهُ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ احْتَزَى دَابَّةً إِلَى مَوْضِعٍ ، عَلَى أَنْ يَدْخُلَهَا فِي
ثَلَاثٍ ، فَدَخَلَهَا فِي سِتٍّ ، فَقَالَ : قَدْ أَضُرَّ بِهِ . فَقِيلَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ ؟ قَالَ :
لَا ، يُصَالِحُهُ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ تَقْدِيرِ هُمَا جَمِيعًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ

(١٣) فِي ب ، م : يَأْمَنُ .

الْحَسَنَ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ مَعْقُودَةٌ عَلَى الْعَمَلِ ، وَالْمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ^(١٤) ذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا فَرَغَ الْعَمَلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ فِي بَقِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَفَّى مَا عَلَيْهِ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ آخَرُ ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ قَبْلَ الْعَمَلِ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فُسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَجِيرَ لَمْ يَفِ لَهُ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ رَضِيَ بِالْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَجِيرُ الْفُسْخَ ؛ لِأَنَّ الْإِخْلَالَ بِالشَّرْطِ مِنْهُ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ وَسِيلَةً لَهُ إِلَى الْفُسْخِ ، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ أَدَاءُ الْمُسْلِمِ فِيهِ فِي وَقْتِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ الْفُسْخَ ، وَيَمْلِكُهُ الْمُسْلِمُ . فَإِنْ اخْتَارَ إِمضَاءَ الْعَقْدِ ، طَالَبَهُ بِالْعَمَلِ لَا غَيْرَ ، كَالْمُسْلِمِ ^(١٥) إِذَا صَبَرَ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَى حِينِ وَجُودِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ قَبْلَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنَ الْعَمَلِ ، سَقَطَ الْأَجْرُ وَالْعَمَلُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَمَلِ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ انْفَسَخَ ، فَسَقَطَ الْمُسَمَّى ، وَرَجَعَ إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ .

فصل : وَمِنْ أَكْثَرِ ذَابَةِ إِلَى الْعِشَاءِ ، فَأَخِرُ الْمُدَّةِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : أَخِيرُهَا زَوَالُ الشَّمْسِ ؛ لِأَنَّ الْعِشَاءَ أَخِرُ النَّهَارِ ، وَأَخِرُ النَّهَارِ النِّصْفُ الْآخِرُ مِنَ الزَّوَالِ ، وَلِذَلِكَ جَاءَ فِي حَدِيثِ ذِي الْيَدَيْنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : صَلَّى بِنَا النَّبِيِّ ﷺ إِحْدَى صَلَاتَيْ الْعِشَاءِ يَعْنِي ^(١٦) الظُّهْرَ أَوْ الْعَصْرَ ^(١٧) . هَكَذَا تَفْسِيرُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوَرَاتٍ لَكُمْ ﴾ ^(١٨) يَعْنِي الْعَتَمَةَ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لَأَخَّرْتُ الْعِشَاءَ إِلَى ثَلَاثِ اللَّيْلِ » ^(١٩) . وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ ، لِأَنَّ هَذِهِ

(١٤) ق ب : « يمتنع » .

(١٥) ق الأصل : « وكالمسلم » .

(١٦ - ١٧) ق الأصل : « صلاة الظهر والعصر » .

وتقدم تخریج الحديث فی : ٤٠٤/٢ .

(١٧) سورة النور ٥٨ . ولم يرد في ب ، م : ﴿ ثلث عورات لكم ﴾ .

(١٨) تقدم تخریجه فی : ٤٢/٢ .

الصَّلَاةُ تُسَمَّى ^(١٩) الْعِشَاءَ الْآخِرَةَ ، فدلَّ ^(٢٠) على أَنَّ / الأولى المَغْرِبُ ، وهو في
 العَرَفِ كذلك ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جُعِلَتْ إِلَى وَقْتٍ تَعَلَّقَتْ بِأَوَّلِهِ ،
 كَمَا لَوْ جَعَلَهَا إِلَى اللَّيْلِ . وما ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعِشَاءِ غَيْرُ لَفْظِ الْعِشَاءِ ، فَلَا
 يَجُوزُ الْاِخْتِجَاعُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، حَتَّى يَقُومَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ وَاحِدٌ .
 ثُمَّ لَوْ ثَبِتَ أَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ ، غَيْرَ أَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَغْرِفُونَهُ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ .
 وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا اكْتَرَاهَا إِلَى الْعِشَاءِ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْعَرَفِ لَا يَغْرِفُونَ غَيْرَ مَا ذَكَرْنَاهُ .
 وَإِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى اللَّيْلِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اكْتَرَاهَا إِلَى النَّهَارِ ، فَهِيَ إِلَى أَوَّلِهِ .
 وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَدْخُلَ اللَّيْلُ فِي الْمُدَّةِ الْأُولَى ، وَالنَّهَارُ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي ^(٢١) مُدَّةِ
 الْخِيَارِ ^(٢٢) ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا نَهَارًا فَهِيَ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وَإِنْ اكْتَرَاهَا
 لَيْلَةً ، فَهِيَ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ :
 ﴿ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ
 آتَرْتُمْ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ ثُمَّ قَالَ : ﴿ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا
 وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُوا الصِّيَامَ
 إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(٢٤) .

فصل : وَإِنْ اكْتَرَى فُسْطَاطًا إِلَى مَكَّةَ ، وَلَمْ يَقُلْ مَتَى أَخْرُجُ ^(٢٥) ، فَالْكِرَاءُ فَاسِيْدٌ .
 وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا ،

= ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، في : باب وقت العشاء وتأخيرها ، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة .
 صحيح مسلم ٤٤٢/١ .
 (١٩) في ب زيادة : : ب صلاة .
 (٢٠) في الأصل ، ب : فيدل .
 (٢١) - (٢٢) في الأصل : : هذه الأخبار .
 (٢٣) سورة القدر .
 (٢٤) سورة البقرة ١٨٧ .
 (٢٥) سقط من : الأصل .

بِخِلَافِ الْقِيَاسِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ الْإِتْدَاءِ ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَمَا لَوْ^(٢٥) قَالَ :
أَجْرُكَ دَارِي مِنْ حِينَ يَخْرُجُ^(٢٦) الْحَاجُّ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ . وَقَدْ اعْتَرَفُوا بِمُخَالَفَتِهِ
لِلدَّلِيلِ ، وَمَا ادَّعَوْهُ دَلِيلًا لَا نُسَلِّمُ كَوْنَهُ دَلِيلًا .

فصل : الحكم الثالث ، أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي عَوَضِ الْإِجَارَةِ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . لَا نَعْلَمُ فِي
ذَلِكَ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَوَضٌ فِي عَقْدِ مَعَاوِضَةٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ، كَالثَّمَنِ
فِي الْبَيْعِ ، وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَلْيُعْلِمْنَاهُ
أَجْرَهُ »^(٢٧) . وَيُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالرُّبُوبِيَّةِ أَوْ بِالصِّفَةِ كَالْبَيْعِ سِوَاهُ . فَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا
بِالْمُشَاهَدَةِ دُونَ الْقَدْرِ ، كَالصَّبْرِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، أَشْبَهُهُمَا الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ
مَعْلُومٌ يَجُوزُ بِهِ الْبَيْعُ ، فَجَازَتْ بِهِ الْإِجَارَةُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ قَدْرَهُ . وَالثَّانِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ
قَدْ يَنْقَسِخُ الْعَقْدُ بَعْدَ تَلَفِ الصَّبْرِ ، فَلَا يَذَرِي بِكُمْ يَرْجِعُ ، فَاشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ
كِعَوَضِ الْمُسَلِّمِ فِيهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ الْعِلْمَ بِالْقَدْرِ فِي عَوَضِ
السَّلَمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْمَنْفَعَةَ هُنَا أُجْرِيَتْ مُجَرَّى الْأَعْيَانِ ؛ / لِأَنَّهَا
مُتَعَلِّقَةٌ بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ ، وَالسَّلَمُ يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ ، فَافْتَرَقَا ، وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا
فِي هَذَا الْفَصْلِ .

و ٨٣/٥

فصل : وَكُلُّ مَا جَازَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ ، جَازَ عَوَضًا فِي الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مَعَاوِضَةٍ
أَشْبَهَ الْبَيْعِ . فَعَلِيَ هَذَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ عَيْنًا وَمَنْفَعَةً أُخْرَى ، سِوَاءَ كَانَ الْجِنْسُ
وَاحِدًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةٍ^(٢٨) أُخْرَى ، أَوْ مُخْتَلِفًا ، كَمَنْفَعَةِ دَارٍ بِمَنْفَعَةِ عَيْنٍ ، قَالَ

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) أخرجه النسائي ، في : باب الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق ، من كتاب المزارعة . المصنوع ٢٩/٧
موقوفاً على أبي سعيد . والبيهقي ، في : باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... ، من كتاب الإجارة . سنن
البيهقي ١٢٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره ، من كتاب البيوع
والأفضية . المصنف ٣٠٣/٦ .
(٢٨) في ب زيادة : دار .

أحمد : لا بأس أن يكثرى بطعام موصوف معلوم . وبهذا كله قال الشافعي ، قال الله تعالى إخباراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِمَا نَعْبُدُ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَنْذَرْتُكُمْ إِفْكَارَ النَّاسِ ، فَيَكُونُوا آيَةً لِلَّذِينَ يَتَّقُونَ ۚ فَمِمَّا كَانُوا يَفْكَرُونَ ۝ ﴾ . ففعل النكاح عوض الإجارة . وقال أبو حنيفة ؛ فيما حكى عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز إلا^(٢٩) أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ؛ لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء . وكرة الثوري إجارة بطعام موصوف . والصحيح جوازه ، وهو قول إسحاق ، وأصحاب الرأي ، وقياس قول الشافعي ؛ لأنه عوض يجوز في البيع ، فجاز في الإجارة ، كالذهب والفضة . وما قاله أبو حنيفة لا يصح ؛ لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين ؛ لأنه يكون بيع دين بدين .

فصل : ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمة بجليدها ، لم يجز ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو نخين أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمتاً في البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً في الإجارة ، كسائر المجهولات . فإن سلخه بذلك ، فله أجر مثله . وإن استأجره ليطرح ميتة بجليدها ، فهو أبلغ في الفساد ؛ لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكاً . وإن فعل ، فله أجر مثله أيضاً .

فصل : ولو استأجر راعياً لعنم بثلث درهما وتسليها وصوفها وشعرها ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجز . نص عليه أحمد ، في رواية جعفر بن محمد النسائي^(٣٠) ؛ لأن الأجر غير معلوم ، ولا يصلح عوضاً في البيع . وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل ، على أن يغلفها ويتحفظها^(٣١) ، وما ولدت من ولد

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) جعفر بن محمد النسائي ، روى عن الإمام أحمد أجزاء صالحة ، ومسائل كثيرة ، وقتل بمكة ، في شيء من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . طبقات الحنابلة ١/ ١٢٤ .
(٣١) في الأصل : « يغلفها » .

بينهما . فقال : أكره ذلك . وبه قال أبو (٣٢) أيوب ، وأبو خزيمة (٣٣) . ولا أعلم فيه مخالفاً ؛ وذلك لأن العوض مجهول مغدوم ، ولا يذرى أيوجد أم لا ، والأصل غدومه ، ولا يصح أن يكون ثمتا . فإن قيل : فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل / عليها ينصف ربحها . قلنا : إنما جازتم تشبيها بالمضاربة ؛ لأنها عين تنمى بالعمل ، فجاز اشتراط جزء من الثماء ، (٣٤) والمساواة كالمضاربة ، وفي مسألتنا لا يمكن ذلك ؛ لأن الثماء (٣٥) الحاصل في العثم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك . وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة ، ينصفها ، أو جزء معلوم (٣٦) منها ، صح ؛ لأن العمل والأجر والمدة معلوم ، فصح ، كما لو (٣٧) جعل الأجر ذراهم ، ويكون الثماء الحاصل بينهما يحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال ، فيكون له ثماؤه ، كما لو اشتراه .

فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ، وكانت على مدة ، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ، ويكون حدودها على ملكه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تخذت على ملك المؤجر ، ولا يملكها المستأجر بالعقد ؛ لأنها مغدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمره والولد . ولنا ، أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجزاها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت أنها كانت مملوكة للمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد والثمره ، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها . وقولهم : إن المنافع

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في الأصل : « وأبو حنيفة » .

(٣٤ - ٣٥) سقط من : الأصل . وسقط من ب قوله : « والمساواة » .

(٣٦) سقط من : م .

مَعْدُومَةٌ . قُلْنَا : هِيَ مُقَدَّرَةُ الْوُجُودِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ ، وَالْعَقْدُ لَا يَرِدُ إِلَّا عَلَى مَوْجُودٍ .

فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلًا ، كما يملك البائع الثمن بالبيع . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيوم ، إلا أن يشترط تعجيلها . قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة ، كالثوب والعبد والدار ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَوْهَنْ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٣٦) . فأمر بإتيانهن بعد الإرضاع ^(٣٧) ، وقال النبي ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يَوْفِهِ أَجْرَهُ » ^(٣٨) . فتوعّد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل . دلّ ^(٣٩) على أنها حالة الوجوب . وروى عنه عليه السلام أنه قال : « أُعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ » . رواه ابن ماجه ^(٤٠) ، ولأنه عوض لم يملك معوضه ، فلم يجب تسليمه ، كالعوض في العقد الفاسد ، فإن المتافع معدومة لم تملك ، ولو ملكك فلم يتسلمها ، لأنه يتسلمها شيئًا فشيئًا . فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد . ولنا ، أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة ، فيستحق بمطلق العقد ، كالثمن والصدّاق . أو نقول : عوض في عقد / يتعجل بالشرط ، فوجب أن يتعجل بمطلق العقد ، كالذي ذكرنا ^(٤١) . فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإتياء عند الشروع في الإرضاع ^(٤٢) ، أو تسليم نفسها ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِذَا

و ٨٤/٥

(٣٦) سورة الطلاق ٦ .

(٣٧) في ب ، م : « الارتضاع » .

(٣٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣٩) في م : « فدل » .

(٤٠) في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(٤١) في الأصل : « ذكره » .

(٤٢) في م : « الرضاع » .

قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴿١٧﴾ . أى إذا أَرَدْتَ القراءة .
ولأن هذا تَمَسُّكٌ بِدَلِيلِ الْخُطَابِ ، ولا يَقُولُونَ بِهِ ، وكذلك الْحَدِيثُ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ
الأمر بالإتياء في وَقْتٍ لا يَمْنَعُ وَجُوبَهُ قَبْلَهُ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ
أُجُورَهُنَّ ﴾ ﴿١٨﴾ . وَالصَّدَاقُ يَجِبُ قَبْلَ الْاسْتِمْتَاعِ ، وهذا هو الْجَوَابُ عَنْ
الْحَدِيثِ ، وَيُذَلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ إِنَّمَا تَوَعَّدَ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿١٩﴾ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ ، وَقَدْ
قُلْتُمْ : يَجِبُ الْأَجْرُ شَيْئًا فَشَيْئًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ تَوَعَّدَهُ عَلَى تَرْكِ الْإِيْفَاءِ ﴿٢٠﴾ فِي الْوَقْتِ
الَّذِي تَتَوَجَّهُ الْمُطَالَبَةُ فِيهِ عَادَةً . جَوَابٌ آخَرُ ، أَنَّ الْآيَةَ وَالْأَخْبَارَ إِنَّمَا وَرَدَتْ فِي مَنْ
اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ ، فَأَمَّا مَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ فِيهِ عَلَى مُدَّةٍ ، فَلَا تَعْرُضُ ﴿٢١﴾ لَهَا بِهِ ، وَأَمَّا
إِذَا كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَإِنَّ الْأَجْرَ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ أَيْضًا ، لَكِنْ لَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا عِنْدَ تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : مَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ
عِنْدَ إِيْفَاءِ الْعَمَلِ ، وَإِنْ اسْتَوْجَرَ فِي كُلِّ يَوْمٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فَلَهُ أَجْرُ كُلِّ يَوْمٍ عِنْدَ تَمَامِهِ .
وَقَالَ أَبُو الْخُطَّابِ : الْأَجْرُ يُمْلِكُ بِالْعَقْدِ ، وَيُسْتَحَقُّ بِالتَّسْلِيمِ ، وَيَسْتَقِرُّ بِمُضِيِّ
الْمُدَّةِ ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِهِ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ ، فَلَا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُهُ
إِلَّا مَعَ تَسْلِيمِ الْمُعَوَّضِ ، كَالصَّدَاقِ وَالثَمَنِ فِي الْمَبِيعِ ، وَفَارَقَ الْإِجَارَةَ عَلَى الْأَعْيَانِ ؛
لِأَنَّ تَسْلِيمَهَا جَرَى ﴿٢٢﴾ مَجْرَى تَسْلِيمِ نَفْعِهَا ، وَمَتَى كَانَ ﴿٢٣﴾ عَلَى مَنَفْعَةٍ فِي الذَّمَّةِ ، لَمْ
يَخْصُلْ تَسْلِيمُ الْمَنَفْعَةِ ، وَلَا مَا يَقُومُ مَقَامَهَا ﴿٢٤﴾ ، فَتَوَقَّفَ ﴿٢٥﴾ اسْتِحْقَاقُ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ
عَلَى تَسْلِيمِ الْعَمَلِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَمْلِكِ الْمَنَافِعَ . قَدْ سَبَقَ الْجَوَابُ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ :

(٤٣) سورة النحل ٩٨ .

(٤٤) سورة النساء ٢٤ .

(٤٥ - ٤٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٦) في الأصل : « يتعرض » .

(٤٧) في الأصل : « أجرى » .

(٤٨) في الأصل : « كانت » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) في الأصل : « فيتوقف » .

فإنَّ الْمُؤَجَّرَ إِذَا قَبِضَ الْأَجْرَ ، انْتَفَعَ بِهِ كُلُّهُ ، بخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْصُلُ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ كُلِّهَا . قلنا : لَا يَمْتَنِعُ هَذَا ، كَمَا لَوْ شَرَطَ^(٥١) التَّعْجِيلَ ، أَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَيْنًا .

فصل : الحكم السادس ، أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ تَأْجِيلَ الْأَجْرِ ، فَهُوَ إِلَى أَجَلِهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ مُتَجَمًّا يَوْمًا يَوْمًا ، أَوْ شَهْرًا شَهْرًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ ، فَهُوَ عَلَى مَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ الْعَيْنِ كَيْفِيَّةٌ ، وَيَنْعَمُ بِصِحِّ بَثْمَنِ حَالٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ ، فَكَذَلِكَ إِجَارَتُهَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَوْفَى الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنَافِعَ ، اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْبَدَلُ ، كَمَا لَوْ قَبِضَ الْمَبِيعَ . وَإِنْ سَلِمَتْ إِلَى الْعَيْنِ الَّتِي وَقَعَتْ الْإِجَارَةُ عَلَيْهَا / ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ ، وَلَا حَاجَةَ لَهُ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ ، اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تَلَفَّ تَحْتَ يَدِهِ ، وَهِيَ حَقُّهُ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ بِدَلُّهَا ، كَلَمَنِ الْمَبِيعَ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَتَسَلَّمَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا ، مِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ ذَابَّةً لِيُرْكَبَهَا إِلَى حِمَصٍ ، فَقَبِضَهَا ، وَمَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ رُكُوبَهَا فِيهَا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى مُدَّةٍ فَمَضَتْ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْتَقَرُّ الْأَجْرُ عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ غَيْرِ مُوقَّتَةٍ بِزَمَنٍ ، فَلَمْ يَسْتَقَرَّ بِدَلُّهَا^(٥٢) قَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، كَالْأَجْرِ لِلْأَجِيرِ^(٥٣) الْمُشْتَرِكِ . فَإِنْ بَدَّلَ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا الْمُسْتَأْجِرُ حَتَّى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ . اسْتَقَرَّ الْأَجْرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَلَفَتْ بِاخْتِيَارِهِ فِي مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، فَاسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الْأَجْرُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ . وَإِنْ بَدَّلَ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ ، وَكَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ يُمَكِّنُ

٥٨٤/٥ ط

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « شَرَطَ » .

(٥٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَمَا لَوْ » .

(٥٣) فِي الْأَصْلِ : « فِي الْأَجِيرِ » .

الاستيفاء فيها ، استقرَّ عليه الأجر . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنَّ المتافع تَلَفَتْ باختياره . وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه . وهو أصحُّ عندي ؛ لأنَّه عقْدٌ على ما في الدُّمَّة ، فلم يَسْتَقِرَّ عَوَضُهُ بِذَلِّ التَّسْلِيمِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه عقْدٌ على منفعة غير موقوفة بزمانٍ ، فلم يَسْتَقِرَّ عَوَضُهَا بِالذَّلِّ ، كالصَّدَاقِ إِذَا بَذَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا وَامْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَخْذِهَا . وإن كان هذا في إجارة فاسدة ، ففيما إذا عَرَضَهَا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ فَلَمْ يَأْخُذْهَا لَا أَجَرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ تَحْتَ يَدِهِ ، وَلَا فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ قَبَضَهَا ، وَمَضَتْ الْمُدَّةُ ، أَوْ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ^(٥٤) اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا أَوْ لَا يُمَكِّنُ ، فَمِنْ أَحَدِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، عَلَيْهِ أَجْرُ الْبَيْتِ لِمُدَّةٍ بَقَائِهَا فِي يَدِهِ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَتَاعَ تَلَفَتْ تَحْتَ يَدِهِ بَعْوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، فَرَجَعَ إِلَى قِيَمَتِهَا ، كَالْوِاسْتَوْفَاها . وَالثَّانِيَةِ ، لَا شَيْءَ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّه عَقْدٌ فَاسِدٌ عَلَى مَتَاعٍ لَمْ يَسْتَوْفَها ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ عَوَضُها ، كَالْكَّاحِ الْفَاسِدِ ، وَإِنْ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ ، فَلَعَلَّهِ أَجْرُ الْبَيْتِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ أَجْرُ الْبَيْتِ ، بِنَاءً مِنْهُ عَلَى أَنَّ الْمَتَاعَ لَا تَضْمَنُ إِلَّا بِالْعَقْدِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا ضَمِنَ بِالْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ / الصَّحِيحِ ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِجَمِيعِ الْقِيَمَةِ فِي الْفَاسِدِ ، كَالْأَغْيَانِ . وَمَا ذَكَرَهُ لَا تُسَلِّمُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٨٥/٥ و

٨٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى كُلِّ شَهْرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَكُنْ لِرَاجِدٍ مِنْهُمَا الْقَسْخُ ، إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى كُلِّ شَهْرٍ)

وجملة ذلك أنه إذا قال : أَجْرُكَ هَذَا كُلُّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ . فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ، فَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَاخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ ، لِأَنَّ الشَّهْرَ الْأَوَّلَ تَلَزَمَ الْإِجَارَةُ فِيهِ بِإِطْلَاقِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّه مَعْلُومٌ يَلِي الْعَقْدَ ، وَلَهُ أَجْرٌ مَعْلُومٌ ، وَمَا بَعْدَهُ مِنَ الشُّهُورِ يَلَزَمُ الْعَقْدَ فِيهِ بِالتَّلَبُّسِ

(٥٤) سقط من : الأصل .

به^(١) ، وهو السُّكْنَى في الدَّارِ إِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى دَارٍ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ حَالُ الْعَقْدِ ، فَإِذَا تَلَبَّسَ بِهِ ، تَعَيَّنَ بِالْذُّخُولِ فِيهِ ، فَصَحَّ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَبَّسْ بِهِ ، أَوْ فَسَخَ الْعَقْدَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَوَّلِ ، انْفَسَخَ . وَكَذَلِكَ حُكْمُ كُلِّ شَهْرٍ يَأْتِي^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَحُكْمِي عَنْ مَالِكٍ غَوْ هَذَا ، لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَكُونُ لِأَزِمَةٍ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مُتَقَدِّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الْأَجْرِ ، فَلَا يَخْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْمُدَّةِ إِلَّا فِي الزُّرْمِ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدَ الْعَزِيزِ بْنِ جَعْفَرٍ ، وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالصَّحِيحُ مِنْ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْمٍ لِلْعَقْدِ ، فَإِذَا لَمْ يُقَدَّرْ كَانَ مَبْهُومًا^(٣) مَجْهُولًا ، فَيَكُونُ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَجَرْتُكَ مُدَّةً أَوْ شَهْرًا^(٤) . وَحَمَلَ أَبُو بَكْرٍ وَابْنُ حَامِدٍ كَلَامَ أَحْمَدَ فِي هَذَا عَلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى أَشْهُرٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اسْتَقَى لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَكَلَ^(٦) مِنْهُ . قَالَ عَلِيٌّ : كُنْتُ أَذْلُو الذَّلْوَ بِتَمْرَةٍ وَأَشْتَرُطُهَا جَلْدَةً . وَعَنْ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَنَّهُ قَالَ لِيَهُودِيٍّ : أَسْقَى نَحْلَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، كُلُّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وَاشْتَرَطَ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ لَا يَأْخُذَهَا خِدْرَةٌ^(٧) وَلَا تَارِزَةٌ^(٨) وَلَا حَشَفَةٌ^(٩) ، وَلَا يَأْخُذُ إِلَّا جَلْدَةً . فَاسْتَقَى بِنَحْوٍ مِنْ صَاعَيْنِ ، فَجَاءَ بِهِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَةَ فِي سُنَنِهِ^(١٠) . وَهُوَ يُظَاهِرُ مَسْأَلَتَنَا . وَلِأَنَّ شُرُوعَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، مَعَ مَا تَقَدَّمَ فِي الْعَقْدِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « أَى » .

(٣) في الأصل : « فيها » .

(٤) في الأصل : « أشهر » .

(٥) في الأصل زيادة : « معلومة » .

(٦) في ب ، م : « يأكل » .

(٧) الخدرة : التي تقع من النخل قبل نضجها .

(٨) التارزة : اليابسة .

(٩) الحشف : أردأ الثمر .

(١٠) الأول تقدم تخريجه في : ٢٠٨/٦ .

والثاني أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه

. ٨١٨/٢

من الاتفاق على تقدير آخره ، والرضى ببذله به ، جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها . فعلى هذا ، متى ترك التلبس به في شهر ، لم تثبت الإجارة فيه ؛ لعدم العقد . وإن فسخ ، فكذا ، وليس بفسخ في الحقيقة / ؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت^(١١) . فأمّا أبو حنيفة ، فذهب إلى أنهما إذا تلبسا بالشهر الثاني ، فقد اتصل القبض بالعقد الفاسد . وهو عذر غير صحيح ؛ لأن العقد الفاسد في الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يضمن بالمسمى ، ثم لم يحصل القبض ههنا إلا فيما استوفاه . وقول مالك لا يصح ؛ لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين شهرا ، كل شهر يدرهم . جاز ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المدة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ؛ لأنها مدة واحدة ، فأشبهه مالو قال : أجرتك عشرين شهرا ، بعشرين درهما . وإن قال : أجرتكها شهرا يدرهم ، وما زاد في حساب ذلك . صح في الشهر الأول ، لأنه أقرده بالعقد ، وبطل في الزائد ؛ لأنه مجهول . ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به ، كما لو قال : أجرتكها كل شهر يدرهم .^(١٢) لأن معناه واحدا . ولو قال : أجرتكها هذا الشهر يدرهم^(١٣) . وكل شهر بعد ذلك يدرهم . أو قال : يدرهمين . صح في الأول ، وفيما بعده وجهان .

فصل : والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازما ، كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم ، وسواء كان له عذر أو لم يكن . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور .

(١١) في الأصل : « بيت » .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يَجُوزُ لِلْمُكْتَرِي فَسْخُهَا لِعُذْرٍ فِي نَفْسِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَكْتَرِيَ جَمَلًا لِيُحْمَجَ عَلَيْهِ ، فَيَمْرُضَ ، فَلَا يَتِمَّ كُنْ مِنَ الْخُرُوجِ ، أَوْ تَضْيَعُ نَفَقَتَهُ ، أَوْ يَكْتَرِيَ دُكَّانًا لِلْبَيْزِ ، فَيَحْتَرِقَ مَتَاعُهُ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْعُذْرَ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، فَمَلِكٌ بِهِ الْفَسْخُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَأَبَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَجُوزُ فَسْخُهَا ^(١٣) مَعَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا لِغَيْرِ عُذْرٍ ، فَلَمْ يَجْزِ لِعُذْرٍ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ فَسْخُهَا لِعُذْرٍ لِلْمُكْتَرِي ، لَجَازَ لِعُذْرٍ الْمُكْرِي ، تَسْوِيَةً بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَدَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْ كُلِّ ^(١٤) وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِلَيْنِ ، وَلَمْ يَجْزِ ثُمَّ ، فَلَا يَجُوزُ هَهُنَا ، وَيُفَارِقُ الْإِبَاقَ ، فَإِنَّهُ عُذْرٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

٨٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَقَّارًا مُدَّةً بِعَيْنِهَا ، قَبْدًا لَهُ قَبْلَ تَقْضِيَّهَا ، فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْأَجْرَةُ كَامِلَةً ^(١))

وجملته أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ ، يَقْتَضِي تَمْلِيكَ الْمُؤْجِرِ الْأَجَرَ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ الْمَنَافِعَ ، فَإِذَا فَسَخَ الْمُسْتَأْجِرُ / الْإِجَارَةَ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّتِهَا ، وَتَرَكَ الْإِثْفَاعَ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَالْأَجْرُ لَازِمٌ لَهُ ، وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ عَنِ الْمَنَافِعِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَقَبْضَهُ ثُمَّ تَرَكَهُ . قَالَ الْأَثَرُ : قُلْتُ لِأَيِّ عَبْدِ اللَّهِ : رَجُلٌ اكْتَرَى بَعِيرًا ، فَلَمَّا قَدِمَ الْمَدِينَةَ ، قَالَ لَهُ : فَاسْخِئْنِي . قَالَ : لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ ، قَدْ لَزِمَهُ الْكِرَاءُ . قُلْتُ : فَإِنْ مَرِضَ الْمُسْتَكْرِي بِالْمَدِينَةِ ؟ فَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ فَسْخًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ ^(٢) الطَّرْفَيْنِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخَهُ . وَإِنْ فَسَخَهُ ، لَمْ يَسْقُطِ الْعَوَضُ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ إِجَارَةِ الْعَقَّارِ ، قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل ، ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) في م : د بين ٤ .

كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنْ اسْتَعْجَرَ الْمَنَازِلَ وَالذُّوَابَ جَائِزٌ . وَلَا تُجُوزُ
إِجَارَتُهَا إِلَّا فِي مُدَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَلَا يَدْ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ وَتَحْدِيدِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا
إِلَّا بِذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ إِطْلَاقُهُ ، وَلَا وَصْفُهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا
ضُبِطَ بِالصِّفَةِ ، أَجْزَأُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَهُ خِيَارُ الرَّوْيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي الْبَيْعِ .
وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى الْبَيْعِ ، وَالْخِلَافُ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْبَيْعِ ،
وَلَمْ يَكْتَفِ بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مَعْلُومًا إِلَّا^(٣) بِالرَّوْيَةِ ، كَمَا لَا يُعْلَمُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا
بِذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ دَارًا أَوْ حَمَامًا ، اخْتِجَ إِلَى مُشَاهَدَةِ الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ يَخْتَلِفُ
بِصِغَرِهَا وَكِبَرِهَا وَمَرَاقِقِهَا ، وَمُشَاهَدَةِ قَدْرِ الْحَمَامِ لِيَعْلَمَ كِبَرَهَا مِنْ صِغَرِهَا ، وَمَعْرِفَةِ
مَاءِ الْحَمَامِ إِمَّا مِنْ قَنَاقَةٍ أَوْ مِنْ^(٤) بَيْتٍ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ بَيْتٍ اخْتِجَ إِلَى مُشَاهَدَتِهَا ؛ لِيَعْلَمَ
عُمُقَهَا وَمُؤَنَةَ اسْتِسْقَاءِ الْمَاءِ مِنْهَا ، وَمُشَاهَدَةِ الْأَثُونِ ، وَمُطَرِّحِ الرَّمَادِ ، وَمَوْضِعِ
الزُّبُلِ ، وَمَصْرِفِ مَاءِ الْحَمَامِ ، فَمَتَى أُتْلِفَ بِهَذَا أَوْ بَعْضِهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِلْجَهَالَةِ بِمَا
يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ بِهِ .

فصل : وَكَرِهَ أَحَدُ كِرَاءَةِ الْحَمَامِ . وَسُئِلَ عَنْ كِرَائِهِ ، فَقَالَ : أَخْشَى . فَقِيلَ لَهُ :
إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُكْتَرِي أَنْ لَا يَدْخُلَهُ أَحَدٌ بغيرِ إِزَارٍ . فَقَالَ : وَمَنْ يَضْبِطُ هَذَا ؟ وَكَأَنَّهُ
لَمْ يُعْجِبْهُ . قَالَ ابْنُ حَامِدٍ : هَذَا عَلَى طَرِيقِ الْكَرَاهَةِ تَنْزِيهًا لَا تَحْرِيمًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَدُّو فِيهِ
عَوَرَاتُ النَّاسِ ، فَتَحْصُلُ الْإِجَارَةُ عَلَى فِعْلِ مَحْظُورٍ ، فَكَرِهَهُ لِذَلِكَ ، فَأَمَّا الْعَقْدُ
فَصَحِيحٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ
مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ كِرَاءَةَ الْحَمَامِ جَائِزٌ ، إِذَا حَدَّدَهُ ، وَذَكَرَ جَمِيعَ آلِيهِ ، شَهْرًا
مُسَمًّا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرِيَّ
إِنَّمَا يَأْخُذُ الْأَجْرَ عَوَضًا عَنْ دُخُولِ الْحَمَامِ وَالْإِغْتِسَالِ بِمَائِهِ ، وَأَحْوَالِ الْمُسْلِمِينَ

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب ، م .

مَحْمُولَةٌ عَلَى السَّلَامَةِ ، وَإِنْ وَقَعَ مِنْ بَعْضِهِمْ فِعْلٌ مَا لَا يَجُوزُ ، لَمْ يَحْرَمِ الْأَجْرُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ اكْتَرَى دَارًا لَيْسَتْ كُنْهًا ، فَشَرِبَ فِيهَا خَمْرًا .

٨٩٤ - مسألة : (وَلَا يَتَصَرَّفُ مَالُكَ الْعَقَّارِ فِيهِ إِلَّا عِنْدَ تَقْضَى الْمُدَّةِ)

وجملته أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ الْمَنَافِعَ بِالْعَقْدِ ، كَمَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِالتَّيْنِ ، وَيُزُولُ مِلْكُ الْمُؤَجِّرِ عَنْهَا ، كَمَا يُزُولُ مِلْكُ الْبَائِعِ عَنِ الْمَبِيعِ ، ^(١) فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْلُوكَةً لْغَيْرِهِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَبِيعِ ^(٢) ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالٍ بَدَأَ لِلْمُسْتَأْجِرِ ^(٣) قَبْلَ تَقْضَى الْمُدَّةِ مِثْلَ أَنْ يَكْتَرِيَ دَارًا سَنَةً فَيَسْكُنُهَا شَهْرًا وَيَتْرُكُهَا ، فَيَسْكُنُهَا الْمَالِكُ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، أَوْ يُؤْجِرُهَا لْغَيْرِهِ ، اِحْتِمَالُ أَنْ يَنْفَسَخَ الْعَقْدُ فِيمَا اسْتَوْفَاهُ الْمَالِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ ^(٤) فِيهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُكْتَرِي لَه ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ الْمَكِيلُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، وَسَلَّمَ بَاقِيَهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ دُونَ بَعْضٍ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي قَدَرِ مَا تَصَرَّفَ فِيهِ دُونَ مَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَيَكُونُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مَا بَقِيَ ، فَلَوْ سَكَنَ الْمُسْتَأْجِرُ شَهْرًا ، وَتَرَكَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ عَشْرَةَ أَشْهُرٍ ، لَزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرُ شَهْرَيْنِ . وَإِنْ سَكَنَهَا شَهْرًا ، وَسَكَنَ الْمَالِكُ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَهَا ، فَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَجْرُ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزِمَ الْمُسْتَأْجِرُ أَجْرَ جَمِيعِ الْمُدَّةِ ، وَلَهُ عَلَى الْمَالِكِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِمَا سَكَنَ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِقِسْطٍ ^(٥) ذَلِكَ مِمَّا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ مِنَ الْأَجْرِ ، وَيَلْزِمُهُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيمَا مَلَكَهُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي لَه ، وَقَبْضُ الدَّارِ هُنَا قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَنَافِعِ بِالسُّكْنَى وَالْإِجَارَةِ وَغَيْرِهَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ أَجْرُ الْمِثْلِ الْوَاجِبُ عَلَى

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل : « المستأجر » .

(٣) في الأصل : « تصرف » .

(٤) في الأصل : « يقسط » .

المَالِكُ بِقَدْرِ الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ شَيْءٌ ، وَإِنْ فَضَّلَتْ مِنْهُ فَضْلَةٌ ، لَزِمَ الْمَالِكُ أَدَاؤُهَا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمَالِكُ قَبْلَ تَسْلِيمِ^(٥) الْعَيْنِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهَا حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ قَدْ^(٦) أَتْلَفَ الْمُعْقُودَ عَلَيْهِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، فَانْفَسَخَ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ طَعَامًا فَأَتْلَفَهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ . وَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ / ، انْفَسَخَتْ فِيمَا مَضَى ، وَيَجِبُ أَجْرُ الْبَاقِي بِالْحِصَّةِ ، كَالْمَبِيعِ إِذَا سَلَّمَ بَعْضَهُ وَأَتْلَفَ بَعْضًا .

٨٩٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ حَوَّلَهُ الْمَالِكُ قَبْلَ تَقْضِي الْمُدَّةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ^(١) لِمَا سَكَنَ)

يَعْنِي إِذَا اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً ، فَسَكَنَهُ بَعْضَ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ الْمَالِكُ ، وَمَنَعَهُ تِمَامَ السُّكْنَى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأُجْرَةِ . وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ : لَهُ أَجْرٌ مَا سَكَنَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مِلْكَ غَيْرِهِ عَلَى سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَلَزِمَتْهُ عَوَضَتُهُ كَالْمَبِيعِ إِذَا اسْتَوْفَى بَعْضَهُ ، وَمَنَعَهُ الْمَالِكُ بَقِيَّتَهُ ، وَكَأَنَّ^(٢) لَوْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْبَاقِي لِأَمْرِ غَالِبٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ مَا عَقَدَ الْإِجَارَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ شَيْئًا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيُخِيمَلَ لَهُ^(٣) كِتَابًا^(٤) إِلَى مَوْضِعٍ ، فَحَمَلَهُ بَعْضُ الطَّرِيقِ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيُخْفِرَ لَهُ عِشْرِينَ ذِرَاعًا . فَحَقَرَهُ لَهُ عَشْرًا ، وَامْتَنَعَ مِنْ حَفْرِ الْبَاقِي . وَقِيَاسُ الْإِجَارَةِ عَلَى الْإِجَارَةِ أَوْلَى مِنْ قِيَاسِهَا عَلَى الْبَيْعِ . وَيُقَارِقُ مَا إِذَا امْتَنَعَ لِأَمْرِ غَالِبٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ عُذْرًا . وَالْحُكْمُ فِي مَنْ اكْتَرَى دَابَّةً ، فَامْتَنَعَ الْمُكْرَى مِنْ

(٥) فِي ب ، م : « تَسَلَّمَ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١) فِي الْأَصْلُ : « أُجْرَهُ » .

(٢) فِي ب ، م : « كَمَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ب ، م :

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

تَسْلِيْمِهَا فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ ، أَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ أَوْ عَبْدَهُ لِلْخِدْمَةِ مُدَّةً ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِهَا ، أَوْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِبِنَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ حَفَرٍ بَعِيٍّ ، أَوْ حَمَلٍ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ ، وَامْتَنَعَ مِنْ إِثْمَانِ الْعَمَلِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْعَقَارِ يَمْتَنِعُ مِنْ تَسْلِيْمِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا هَرَبَ الْأَجِيرُ ، أَوْ شَرَدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ أَخَذَ الْمُؤْجِرُ الْعَيْنَ وَهَرَبَ بِهَا ، أَوْ مَنَعَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِ هَرَبٍ ، لَمْ تَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ ، لَكِنْ يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ^(٥) بِمَضِيِّ الْمُدَّةِ يَوْمًا فَيَوْمًا . فَإِنْ عَادَتِ الْعَيْنُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا . فَإِنْ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ؛ لِفَوَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الدِّمَةِ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ ، أَوْ حَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتَوْجَرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُهُ ، كَالْوَأَسْلِ إِلَى شَيْءٍ فَهَرَبَ ، اتَّبَعَ مِنْ مَالِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ . فَإِنْ فَسَخَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَصَبَرَ إِلَى أَنْ يَقْدَرَ عَلَيْهِ ، فَلَهُ مُطَابَقَتُهُ بِالْعَمَلِ ، لِأَنَّ مَا فِي الدِّمَةِ لَا يَقُوتُ بِهِرَبِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الْأَجِيرُ مِنَ الْعَمَلِ فِيهِ ، أَوْ مَنَعَ الْمُؤْجِرُ الْمُسْتَأْجَرَ مِنَ الْإِنْفَاعِ ، إِذَا كَانَ بَعْدَ عَمَلِ الْبَعْضِ ، فَلَا أَجْرَ لَهُ فِيهِ ، عَلَى مَا سَبَقَ ، إِلَّا أَنْ يَرِدَ الْعَيْنَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، أَوْ يُتِمَّ الْعَمَلُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى مُدَّةٍ قَبْلَ فَسْخِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مَا عَمِلَ . فَأَمَّا / إِنْ شَرَدَتِ الدَّابَّةُ ، أَوْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ فِعْلِ الْمُؤْجِرِ ، فَلَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى بِكُلِّ حَالٍ .

٨٧/٥ ط

٨٩٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ جَاءَ أَمْرٌ غَالِبٌ ، يَخْرِجُ الْمُسْتَأْجَرَ عَنْ مَنَفَعَةِ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، لَزِمَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدَّةِ الْإِنْفَاعِ)

^(١) وَجْهُهُ أَنَّ مِنْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مُدَّةً ، فَجَعَلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِنْفَاعِ بِهَا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ أَقْسَامِ ثَلَاثَةٍ :

أَحَدُهَا ، أَنْ تَتَلَفَ الْعَيْنُ^(١) ، كَدَابَّةٍ تَنْفُقُ ، أَوْ عَبْدٍ يَمُوتُ ، فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَضْرَبَ : أحدهما ، أن تُلَفَّ قَبْلَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛
لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تُلَفَّ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تُلَفَّ الطَّعَامُ الْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . والثاني ،
أن تُلَفَّ عَقِيبَ قَبْضِهَا ، فَإِنَّ الإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ أَيْضًا ، وَيَسْقُطُ الْأَجْرُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ
الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ حُكِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : يَسْتَقِرُّ الْأَجْرُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ تُلَفَّ (١) بَعْدَ
قَبْضِهِ ، أَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَهَذَا غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَبْضُهَا بِاسْتِيفَائِهَا ،
أَوْ التَّمَكُّنِ مِنْ اسْتِيفَائِهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ تُلَفَّهَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَيْنِ . الثالث ،
أن تُلَفَّ بَعْدَ مَضَى شَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَإِنَّ الإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَا
مَضَى ، وَيَكُونُ لِلْمُؤَجَّرِ مِنَ الْأَجْرِ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى مِنَ الْمَنَفْعَةِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
لِإِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ : إِذَا اكْتَرَى بَعِيرًا بِعَيْنِهِ ، فَتَفَقَّ الْبَعِيرُ ، يُعْطِيهِ بِحِسَابِ مَا رَكَبَ .
وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ ، وَقَدْ تُلَفَّ بَعْضُهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَبُطِلَ الْعَقْدُ
فِيمَا تُلَفَّ دُونَ مَا قَبِضَ ، كَالْوِاسْتِثْنَاءِ صَبْرَتَيْنِ ، فَقبَضَ إِحْدَاهُمَا ، وَتُلَفَّتِ الْأُخْرَى
قَبْلَ قَبْضِهَا ، ثُمَّ تَنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ أَجْرُ الْمُدَّةِ مُتَسَاوِيًا ، فَعَلِيهِ بِقَدْرِ مَا مَضَى ، إِنْ كَانَ
قَدْ مَضَى النِّصْفُ ، فَعَلِيهِ نِصْفُ الْأَجْرِ ، وَإِنْ كَانَ (٢) قَدْ مَضَى (٣) التُّلْتُ ، فَعَلِيهِ
التُّلْتُ ، كَمَا يُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْمَبِيعِ الْمُتَسَاوِي . وَإِنْ كَانَ مُحْتَلفًا ، كَذَارٍ أَجْرُهَا فِي
الشَّتَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَجْرِهَا (٤) فِي الصَّيْفِ ، وَأَرْضٍ أَجْرُهَا فِي الصَّيْفِ أَكْثَرُ مِنَ الشَّتَاءِ ، أَوْ
دَارٍ لَهَا مَوْسِمٌ ، كَدُورِ مَكَّةَ ، رُجِعَ فِي تَقْوِيمِهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبَرَةِ ، وَيُقَسَّطُ الْأَجْرُ الْمُسَمَّى
عَلَى حَسَبِ قِيَمَةِ الْمَنَفْعَةِ ، (٥) كَقِسْمَةِ الثَّمَنِ (٦) عَلَى الْأَعْيَانِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي الْبَيْعِ (٧) .
وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْأَجْرُ عَلَى قَطْعِ مَسَافَةٍ ، كَبَيْعِ اسْتَأْجَرِهِ عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ
مُعَيَّنٍ ، وَكَانَتْ مُتَسَاوِيَةً الْأَجْزَاءُ أَوْ مُخْتَلِفَةً . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

(٢) فِي م : « تُلَفَّ » .

(٣ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥ - ٥) فِي ب : « كَقِيَمَةِ الْأَثْمَانِ » .

(٦) فِي الْأَصْلُ : « الْمَبِيعِ » .

فصل : القسم الثاني ، أن يَحْدُثَ على العَيْنِ ما يَمْنَعُ نَفْعَهَا ، كَذَارٍ ائْتَهَدَمَتْ ، وأَرْضٍ غَرِقَتْ ، أو انْقَطَعَ ماؤها ، فهذه يَنْظَرُ فيها ، فإن لم يَبْقَ فيها نَفْعٌ أصلاً ، فهي كالتَّالِفَةِ سواءً ، وإن بَقِيَ فيها نَفْعٌ غير ما اسْتَأْجَرَهَا له ، مثل أن يُمكنَ الاِئْتِفاعُ بِعَرَصَةِ الدَّارِ والأَرْضِ / يَوْضِعُ حَطَبٍ فيها ، أو نَصَبَ خَيْمَةٍ في الأَرْضِ التي اسْتَأْجَرَهَا لِلزَّرْعِ ، أو صَيَّدَ السَّمَكِ مِنَ الأَرْضِ التي غَرِقَتْ ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ أَيْضاً ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي وَقَعَ عَلَيْهَا الْعَقْدُ تَلَفَتْ ، فَانْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ ، كَالْوِاسْتَأْجَرِ ذَابَةَ لَيْسَ كَيْهَا ، فَرَمَتْ بِحَيْثُ لَا تَصْلُحُ إِلَّا لِتَدْوَرَ فِي الرَّحَى . وقال القاضي ، في الأَرْضِ الَّتِي يَنْقَطِعُ ماؤها : لَا تَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ فِيهَا . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَمْ تَبْطُلْ جُمْلَةً ؛ لِأَنَّهُ يُمكنُ الاِئْتِفاعُ بِعَرَصَةِ الأَرْضِ بِنَصَبِ خَيْمَةٍ ، أو جَمْعِ حَطَبٍ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَقَصَ نَفْعُهَا مَعَ بَقَائِهِ . فعلى هَذَا يُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ، فَإِنْ فَسَخَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْعَبْدِ إِذَا مَاتَ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْضَاءَ الْعَقْدِ ، فعليه جَمِيعُ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ غَيْبٌ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهِ ، سَقَطَ حُكْمُهُ . فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْفَسْخَ وَلَا الْإِمْضَاءَ ، إِمَّا لِجَهْلِهِ بِأَنَّهُ الْفَسْخُ ، أَوْ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَله الْفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ غَيْرِ^(٧) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ انْفِصَاخَ الْعَقْدِ بِتَلَفِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا^(٨) فِي الْبَيْعِ . وَلَوْ كَانَ النَّفْعُ الْبَاقِي فِي الْأَعْيَانِ^(٩) مِمَّا لَا يَبَاحُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْعَقْدِ ، كَذَابَةِ اسْتَأْجَرِهَا لِلرُّكُوبِ فَصَارَتْ لَا تَصْلُحُ^(١٠) إِلَّا لِلْحَمَلِ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْبَاقِيَةَ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهَا مَعَ سَلَامَتِهَا ، فَلَا يُمْكِنُهَا مَعَ تَعْيِبِهَا ، كَبَيْعِهَا . وَأَمَّا إِنْ أُمْكِنَ الاِئْتِفاعُ بِالْعَيْنِ فِيمَا اكْتَرَاهَا لَهُ ، عَلَى ثَمَنٍ مِنَ الْقُصُورِ ، مِثْلَ أَنْ يُمكنَ زَرْعُ الأَرْضِ بِغَيْرِ مَاءٍ ، أَوْ كَانَ الْمَاءُ يَنْحَسِرُ عَنِ الأَرْضِ الَّتِي غَرِقَتْ عَلَى وَجْهِ^(١١) يَمْنَعُ بَعْضَ الزَّرَاعَةِ أَوْ يَسُوءُ^(١٢) الزَّرْعَ ، أَوْ كَانَ يُمكنُ سُكْنَى سَاحَةِ الدَّارِ ، إِمَّا فِي خَيْمَةٍ أَوْ

(٧) فِي الْأَصْلِ : « عَيْن » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « كَالْأَعْيَانِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْعَيْنِ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « تَنْفَع » .

(١١ - ١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَمْنَعُ بَعْضَ الْمَزَارَعَةِ أَوْ يَسُقَى » .

غيرها ، لم تَنْفَسَخِ الإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا لَمْ تُزَلْ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأُشْبِهَ مَا^(١٢) لَوْ تَعَيَّنَتْ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، إِلَّا فِي الدَّارِ إِذَا انْتَهَدَسَتْ ، فَإِنَّ فِيهَا وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا ، لَا تَنْفَسَخُ الإِجَارَةُ . وَالثَّانِي ، تَنْفَسَخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ اسْمُهَا بِهَذْمِهَا ، وَذَهَبَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي تُقْصَدُ مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْتَأْجِرُ أَحَدٌ عَرَصَةَ دَارٍ لِيَسْكُنَهَا . فَمَا إِنْ كَانَ الْحَادِثُ فِي الْعَيْنِ لَا يَضُرُّهَا ، كَفَرَقِ الْأَرْضِ بِمَاءٍ يَنْحَسِرُ فِي قُرْبِ^(١٣) الزَّمَانِ ، لَا يَمْنَعُ الزَّرْعَ ، وَلَا يَضُرُّهُ ، وَانْقِطَاعِ الْمَاءِ عَنْهَا إِذَا سَاقَ الْمُؤْجِرُ إِلَيْهَا مَاءً^(١٤) مِنْ مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ كَانَ انْقِطَاعُهُ فِي زَمَنٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهِ ، فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَإِنْ حَدَثَ الْفَرْقُ الْمُضِرُّ ، أَوْ انْقِطَاعُ الْمَاءِ ،^(١٥) أَوْ انْتَهَدَمَ بَعْضُ^(١٦) الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ / فَلِذَلِكَ الْبَعْضُ حُكْمُ نَفْسِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، وَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ فِي تَبْقِيَةِ^(١٧) الْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَضَتْ عَلَيْهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمْسَاكَ ، أَمْسَكَ بِالْحِصَّةِ مِنَ الْأَجْرِ ، كَمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْقَافِيزَيْنِ مِنَ الطَّعَامِ فِي يَدِ الْبَائِعِ .

فصل : القسم الثالث ، أَنْ تُنْصَبَ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَأْخِيرَ حَقِّهِ ، فَإِنْ فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ^(١٨) الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ ، سَوَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ حَتَّى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالْمُسَمَّى ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ وَمُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِأَجْرِ الْيَثَلِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ لَمْ يَفُتْ مُطْلَقًا ، بَلْ إِلَى بَدَلٍ ، وَهُوَ الْقِيَمَةُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ تَلَفَ الثَّمَرَةُ الْمَبِيعَةُ آدَمِيًّا قَبْلَ قَطْمِهَا ، وَتَخَرَّجَ انْفِسَاخُ الْعَقْدِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ مَنَافِعَ الْعَصَبِ

(١٢) سقط من : م .

(١٣) ف ب ، م زيادة : م من .

(١٤ - ١٥) في الأصل : م والمدم ببعض .

(١٥) في الأصل : م بقية .

(١٦) في الأصل : م فسخ .

لَا تُضْمَنُ . وهو قول أصحابِ الرَّأْيِ . ولأصحابِ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافٌ . وَإِنْ رُدَّتِ^(١٧) الْعَيْنُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، وَلَمْ يَكُنْ فَسَخٌ ، اسْتَوْفَى مَا بَقِيَ مِنْهَا ، وَيَكُونُ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ مُحْضَرًا ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ ؛ كَحِطَاةِ تَوْبٍ ، أَوْ حَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، فَغَضِبَ جَمَلُهُ الَّذِي يَحْمِلُ عَلَيْهِ ، وَعَبْدُهُ الَّذِي يَخِيطُ لَهُ ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ مَطَالِبَةُ الْأَجِيرِ بِعَوَضِ الْمَعْصُوبِ ، وَإِقَامَةُ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مَا فِي الذَّمَّةِ ، كَالْوَجْدِ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ عَيْبًا ، فَرُدُّهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ الْبَدَلُ ، ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ أَوِ الصَّبْرِ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ عَلَى الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ ، فَيَسْتَوْفَى مِنْهَا .

فصل : القسم الرابع^(١٨) ، أَنْ يَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ مِنَ الْعَيْنِ بِفِعْلِ صَدَرَ مِنْهَا ، مِثْلُ أَنْ يَأْتِيَ الْعَبْدُ ، أَوْ تُشْرَدَ الدَّابَّةُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ ذَلِكَ فِيمَا قَبْلَ هَذَا .

فصل : القسم الخامس ، أَنْ يَحْدُثَ خَوْفٌ عَامٌّ ، يَمْنَعُ مِنْ سُكْنَى ذَلِكَ الْمَكَانِ الَّذِي فِيهِ الْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ ، أَوْ تُحْصَرَ الْبَلَدُ ، فَيَمْتَنِعَ الْخُرُوجُ إِلَى الْأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلزَّرْعِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ غَالِبٌ مَنَعَ^(١٩) الْمُسْتَأْجِرَ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ ، فَاثْبَتَ الْخِيَارَ ، كَغَضَبِ الْعَيْنِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً يَرِي كَبْهًا ، أَوْ يَحْمِلُ عَلَيْهَا إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، فَانْقَطَعَ الطَّرِيقُ إِلَيْهِ لِخَوْفٍ حَادِثٍ ، أَوْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَحُجَّ النَّاسُ ذَلِكَ الْعَامَ مِنْ تِلْكَ الطَّرِيقِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُ الْإِجَارَةِ . وَإِنْ أَحَبَّ إِبْقَاءَهَا إِلَى حِينِ إِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، لَا يَعْدُوهُمَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْخَوْفُ / خَاصًّا بِالْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلُ أَنْ يَخَافَ وَحْدَهُ لِقُرْبِ أَعْدَائِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْمُسْتَأْجَرِ ، أَوْ حُلُولِهِمْ فِي طَرِيقِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّهُ عَذَرٌ

(١٧) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : : زَادَتْ .

(١٨) ذَكَرَ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ .

(١٩) فِي م : : يَمْنَعُ .

يَحْتَصُّ بِهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَرَضَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حُبِسَ ، أَوْ مَرِضَ ، أَوْ ضَاعَتْ تَقَفُّتُهُ ، أَوْ تَلَفَ مَتَاعُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ فَسَخَ الْإِجَارَةَ لِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ اسْتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ لِمَعْنَى مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ وَجُوبَ أَجْرِهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهَا اخْتِيَارًا .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى عَيْنًا ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بِهِ ، فَلَهُ فَسَخُ الْعَقْدِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : إِذَا اكْتَرَى ذَاتَةً يَعْينُهَا ، فَوَجَدَهَا جَمُوحًا ، أَوْ عَضُوضًا ، أَوْ تَقُورًا ، أَوْ بِهَا عَيْبٌ غَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يُفْسِدُ رُكُوبَهَا ، فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارَ ، إِنْ شَاءَ رَدُّهَا وَفَسَخَ الْإِجَارَةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَثْبَتَ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْبِ فِي ثُبُوعِ الْأَعْيَانِ . وَالْعَيْبُ الَّذِي يُرَدُّ بِهِ ، مَا تَنْقُصُ بِهِ قِيَمَةُ^(٢٠) الْمَنْفَعَةِ ، كَتَعَثُّ الظَّهْرِ فِي الْمَشْيِ ، وَالْعَرَجِ الَّذِي يَتَأَخَّرُ بِهِ عَنِ الْقَافِلَةِ ، وَرَضِي^(٢١) الْبَهِيمَةَ بِالْجَمَلِ ، وَكَوْنُهَا جَمُوحَةً أَوْ عَضُوضَةً ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . وَفِي الْمُكْتَرَى لِلْخِدْمَةِ ؛ ضَعْفُ الْبَصَرِ ، وَالْجُنُونُ ، وَالْجَذَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَفِي الدَّارِ ؛ انْهْدَامُ الْحَائِطِ ، وَالْخَوْفُ مِنْ سُقُوطِهَا ، وَانْقِطَاعُ الْمَاءِ مِنْ بَيْرِهَا ، أَوْ تَغْيِيرُهُ بِحَيْثُ يَمْتَنِعُ الشَّرْبُ وَالْوُضُوءُ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ مِنَ التَّقَائِصِ ، وَمَتَى حَدَثَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، ثَبَّتَ لِلْمُكْتَرِي خِيَارَ الْفَسَخِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَإِذَا حَدَثَ الْعَيْبُ ، فَقَدْ وَجَدَ قَبْلَ^(٢٢) قَبْضِ الْبَاقِي مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَثْبَتَ الْفَسَخَ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا ، وَمَتَى فَسَخَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمَقَامَ وَلَمْ يَفْسَخْ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ الْعَوَاضِرِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَضِيَ بِالْمَبِيعِ مَعِيًّا . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمَوْجُودِ ، هَلْ هُوَ عَيْبٌ أَوْ لَا ؟ رُجِعَ فِيهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبِيرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَيْسَ بِعَيْبٍ . مِثْلُ أَنْ تَكُونَ الذَّائِبَةُ

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) في الأصل : و ورفض .

(٢٢) في ب ، م : مثل .

حَشِيَّةَ الْمَشْيِ ، أَوْ أَنَّهَا تُتَعَبُ رَاكِبُهَا لِكَوْنِهَا لَا تُرَكَّبُ كَثِيرًا ، فَلَيْسَ لَهُ فَسْخٌ . وَإِنْ قَالُوا : هُوَ غَيْبٌ . فَلَهُ الْفَسْخُ . هَذَا إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مَوْصُوفَةً فِي الدِّمَةِ ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ ، وَعَلَى الْمُكْرَى إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهَا ، أَشْبَهَ الْمُسْلِمَ فِيهِ إِذَا سَلَّمَهُ (٢٣) عَلَى غَيْرِ صِفَتِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ إِبْدَالِهَا ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنْهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، فَلِلْمُكْرَى الْفَسْخُ أَيْضًا .

فصل : وَعَلَى الْمُكْرَى مَا يَتِمَّكُنُ بِهِ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، كَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِ الدَّارِ وَالْحَمَّامِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ / التَّمَكُّنَ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، وَتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِهَا تَمَكُّنٌ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَاعَتْ ، بغيرِ تَفْرِيطٍ مِنَ الْمُكْرَى ، فَعَلَى الْمُكْرَى بَدْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُكْرَى ، فَأَشْبَهَ ذَلِكَ حِيطَانَ الدَّارِ وَأَبْوَابَهَا . وَعَلَيْهِ بِنَاءُ حَائِطٍ إِنْ سَقَطَ ، وَإِبْدَالُ حَشِيَّةٍ إِنْ ائْتَمَرَتْ (٢٤) . وَعَلَيْهِ تَبْلِيطُ الْحَمَّامِ ، وَعَمَلُ الْأَبْوَابِ وَالْبِرْكِ (٢٥) وَمَجْرَى الْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَتِمَّكُنُ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، وَمَا كَانَ لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ ، كَالْحَيْلِ وَالذَّلْوِ وَالْبَكْرَةِ ، فَعَلَى الْمُكْرَى . وَأَمَّا التَّحْسِينُ وَالتَّزْوِيقُ ، فَلَا يَلْزَمُ وَاحِدًا مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْإِئْتِفَاعَ مُمَكِّنٌ بِذَوْنِهِ . وَأَمَّا تَنْقِيَةُ الْبَالُوْعَةِ وَالْكُفِّ ، فَإِنْ اِخْتِيجَ إِلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْكِرَاءِ ، فَعَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتِمَّكُنُ بِهِ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، وَإِنْ اِمْتَلَأَتْ بِفِعْلِ الْمُكْرَى ؛ فَعَلَيْهِ تَفْرِيفُهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : هُوَ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ بِهِ يَتِمَّكُنُ مِنَ الْإِئْتِفَاعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اِخْتَرَى وَهِيَ مَلَأَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْقِيَاسُ أَنََّّهُ عَلَى الْمُكْرَى ، وَالِاسْتِحْسَانُ أَنََّّهُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ؛ لِأَنَّ عَادَةَ النَّاسِ ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِفِعْلِ الْمُكْرَى ، فَكَانَ عَلَيْهِ تَنْظِيفُهُ كَمَا لَوْ (٢٦) طَرَحَ فِيهَا قُمَاشًا . وَالْقَوْلُ فِي تَفْرِيفِ جِيَّةِ (٢٧) الْحَمَّامِ ، الَّتِي هِيَ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « سَلَّمَ » .

(٢٤) فِي ١ ، ب ، م : « اَنْكَسَرَ » .

(٢٥) فِي ب ، م : « وَالْبَزَل » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « كَانَ » .

(٢٧) الْجِيَّةُ : الْمَوْضِعُ الَّذِي يَجْمَعُ فِيهِ الْمَاءُ .

مَصْرُفُ مائه^(٢٨) ، كَالْقَوْلِ فِي بَالُوْعَةِ الدَّارِ . وَإِنْ انْقَضَتْ الْإِجَارَةُ ، وَفِي الدَّارِ زَبْلٌ أَوْ قِمَامَةٌ مِنْ فِعْلِ السَّاكِنِ ، فَعَلَيْهِ ثَقْلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ عَلَى مُكْتَرَى الْحَمَّامِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَنْ مَدَّةَ تَعَطُّلِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجْزَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوجَرَ مَدَّةً لَا يُمَكِّنُ الْإِثْفَاقُ فِي بَعْضِهَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ يَسْتَوْفِي بِقَدْرِهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَكُونَ انْتِهَاءُ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ مَجْهُولًا . فَإِنْ أَطْلُقَ ، وَتَعَطَّلَ ، فَهُوَ غَيْبٌ حَادِثٌ ، وَالْمُكْتَرَى بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ بِكُلِّ الْأَجْرِ وَبَيْنَ الْفَسْخِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، قِيَاسًا عَلَى الْمَبِيعِ الْمَجِيبِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ حَتَّى انْقَضَتْ مَدَّةُ الْإِجَارَةِ ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرُ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَلِمَ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ قَرْضِيَّهِ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَهُ أَرْضَ الْعَيْبِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِييًا ، فَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ حَتَّى أَكَلَهُ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الْإِثْفَاقَ عَلَى الْعَيْنِ التَّفَقُّةَ الْوَاجِبَةَ عَلَى الْمُكْرَى ، كَعِمَارَةِ الْحَمَّامِ ، إِذَا شَرَطَهَا عَلَى الْمُكْتَرَى^(٢٩) ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ مِلْكٌ لِلْمُؤْجِرِ فَتَفَقُّتُهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا اتَّفَقَ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، اخْتَسَبَ بِهِ عَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَهُ عَلَى مِلْكِهِ بِشَرْطِ الْعَوَضِ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اتَّفَقَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّهُ مُتَكَبِّرٌ . فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ^(٣٠) ، لَكِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِثْفَاقِ ، لِيَحْتَسِبَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ ، فَقَعَلَ^(٣١) ، ثُمَّ اخْتَلَفَا^(٣٢) فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرَى أَيْضًا . وَإِنْ اتَّفَقَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَفَقُّةً غَيْرَ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمَالِكِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَمَرَ دَارًا لَأُخْرَى .

و ٩٠/٥

(٢٨) م : « المائ » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في الأصل : « يشرط » .

(٣١) في الأصل : « بفعله » .

(٣٢) في ب زيادة : « في قدر ما اتفق » .

٨٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ بِغَيْرِهِ ، فَمَرَضٌ ، أُقِيمَ مَقَامُهُ مِنْ يَعْمَلُهُ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ)

وجملة ذلك ، أنه يجوز استئجار الأدمي ، بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم^(١) . واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رضي الله عنهما رجلاً ليذللها على الطريق^(٢) . وذكر النبي ﷺ رجلاً استأجر أجراً ، كل أجير يفرق من ذرة ، وقال : « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ ، كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً ، فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدْوَةٍ إِلَى نَصْفِ النَّهَارِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ^(٣) ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نَصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِرَاطٍ قِرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِرَاطَيْنِ قِرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ^(٤) . فَفَضِصَتِ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلًا وَأَقْلُ أَجْرًا فَقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُمْ مَنْ أَجَرَكُمْ شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضِيلِي أَوْتِيهِ مِنْ أَمْثَالِ^(٥) . وَلَا أَنَّهُ يَجُوزُ الِاتِّفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ غَيْرِهِ ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالدُّورِ . ثُمَّ إِجَارَتُهُ تَقَعُ عَلَى ضَرِيئَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اسْتِجَارُهُ مَدَّةً بَعَيْنِهَا ، لِعَمَلٍ بِغَيْرِهِ ، كِإِجَارَةِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ نَفْسَهُ ثَمَانِي حَجَجٍ ، وَاسْتِجَارِ الْأَجْرَاءِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْخَبَرِ . وَالثَّانِي ، اسْتِجَارُهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ فِي الذَّمَّةِ ، كَاسْتِجَارِ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا دَلِيلًا يَذُلُّهُمَا عَلَى الطَّرِيقِ ، وَاسْتِجَارِ رَجُلٍ لَخِيَاطَةِ قَمِيصٍ أَوْ بِنَاءِ حَائِطٍ ، وَيَتَنَوَّعُ ذَلِكَ

(١) تقدم تحريجه في صفحة ٥ .

(٢) سقط من : ب ، م ، .

(٣) سقط من : ب .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الإجارة إلى نصف النهار ، وباب الإجارة إلى صلاة العصر ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب ما ذكر عن بني إسرائيل ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب فضل القرآن على سائر الكلام ، من كتاب فضائل القرآن . صحيح البخاري ١١٧/٣ ، ١١٨ ، ٢٠٧/٤ ، ٢٣٥/٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مثل ابن آدم وأجله وأمله ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٣٢١/١٠ ، ٣٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١١ ، ٦/٢ .

نَوْعَيْنِ ؛ أحدهما ، أن تَقَعَ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، كإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِرِغَايَةِ غَنَمٍ ^(٥) ، أو وَلَدِهِ لِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ . والثاني ، أن تَقَعَ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، كخِطَابَةِ قَمِيصٍ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، فمَتَى كَانَتْ عَلَى عَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ فَمَرَضٌ ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يُقِيمَ مُقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ إِيفَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِطْلَاقِهِ يَفْتَضِي التَّعَجُّيلَ ، وَفِي التَّأْخِيرِ إِضْرَارٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِهِ ^(٦) فِي مُدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَمَرَضٌ / لَمْ يُقَمْ غَيْرُهُ مُقَامَهُ ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ وَقَعَتْ عَلَى عَمَلِهِ بِعَيْنِهِ ، لَا عَلَى شَيْءٍ فِي ذِمَّتِهِ ، وَعَمَلٌ غَيْرُهُ لَيْسَ مَعْقُودًا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مُعَيَّنًا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ ، وَلَا يُبَدِّلَهُ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَقَعَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِبْدَالُ الْمَعِيبِ ، وَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِتَلَفٍ مَا تَسَلَّمَهُ ، وَالْمَبِيعُ الْمُعَيَّنُ بِخِلَافِهِ ، فَكَذَلِكَ الإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَتْ الإِجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَكِنَّهُ لَا يَقُومُ غَيْرُ الْأَجِيرِ مُقَامَهُ ، كَالنَّاسِخِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَلِفُ الْقَصْدُ فِيهِ بِاخْتِلَافِ الْخُطُوبِ ، لَمْ يَكُنْفُ إِقَامَةُ غَيْرِهِ مُقَامَهُ ، وَلَا يُلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرُ قَبُولُ ذَلِكَ إِنْ بَدَّلَهُ الْأَجِيرُ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ لَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ النَّاسِخِ ، كَحُصُولِهِ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَيْهِ فِي نَوْعٍ ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ . وَهَكَذَا كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ .

فصل : يَجُوزُ الِاسْتِجَارُ لِحَفْرِ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ وَالْقُنْيِ ؛ لِأَنَّهُمَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ ، يَجُوزُ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا الرَّجُلُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَجَازَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عَلَيْهَا ^(٧) ، كَالْخِدْمَةِ . وَلَا يَدُ مِنْ تَقْدِيرِ الْعَمَلِ بِمُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنْ قَيَّدَهُ بِمُدَّةٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ شَهْرًا ، لِتَحْفِرَ لِي بُئْرًا ^(٨) أَوْ نَهْرًا ^(٩) . لَمْ يَحْتَجْ إِلَى مَعْرِفَةِ الْقَدْرِ ^(٩) وَعَلَيْهِ أَنْ يَحْفِرَ ذَلِكَ

(٥) فِي ب ، م : « غَنَمٍ » .

(٦) فِي ب ، م : « عَبْدِهِ » .

(٧) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٨ - ٩) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٩) فِي م : « الْقُنْيِ » .

الشَّهْر ، قَلِيلًا حَفَرَ^(١٠) أَوْ كَثِيرًا . وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَرْضِ الَّتِي يَحْفَرُ فِيهَا . وَقَالَ
بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ لَا يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ قَدْ تَكُونُ صُلْبَةً ، فَيَكُونُ الْحَفَرُ عَلَيْهِ شَاقًّا ، وَقَدْ تَكُونُ
سَهْلَةً ، فَيَسْهُلُ ذَلِكَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْوَضْعِ^(١١)
بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَوَاضِعَ تَخْتَلِفُ بِالسَّهُولَةِ وَالصَّلَابَةِ ، وَلَا يَنْضَبِطُ ذَلِكَ بِالصِّفَةِ .
وَيَعْرِفُ دَوْرَ الْبَيْرِ ، وَعُمُقَهَا ، وَطَوْلَ النَّهْرِ ، وَعُمُقَهُ ، وَعَرْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ
بِذَلِكَ . فَإِذَا حَفَرَ بَيْرًا ، فَعَلَيْهِ شَيْلُ التُّرَابِ^(١٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْحَفَرُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَقَدْ
تَضَمَّنَهُ الْعَقْدُ . فَإِنْ تَهَوَّرَ تُّرَابٌ مِنْ جَانِبَيْهَا ، أَوْ سَقَطَتْ فِيهِ بَهِيمَةٌ^(١٣) أَوْ نَحْوُ
ذَلِكَ^(١٤) ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْلُهُ ، وَكَانَ عَلَى صَاحِبِ الْبَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ فِيهَا مِنْ مِلْكِهِ ، وَلَمْ
يَتَضَمَّنْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ رَفْعَهُ . وَإِنْ وَصَلَ إِلَى صَخْرَةٍ أَوْ جَمَادٍ يَمْنَعُ الْحَفَرَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
حَفَرُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُخَالِفٌ لِمَا شَاهَدَهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَإِنَّمَا اعتُبرَتْ مُشَاهَدَةُ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا
تَخْتَلِفُ ، فَإِذَا ظَهَرَ فِيهَا مَا يُخَالِفُ الْمُشَاهَدَةَ ، كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فَإِذَا فَسَخَ ،
كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِحِصَّةِ مَا عَمِلَ فَيُقَسِّطُ الْأَجْرُ عَلَى مَا بَقِيَ وَمَا عَمِلَ ، فَيَقَالُ : كَمْ أَجْرُ
مَا عَمِلَ ؟ وَكَمْ أَجْرُ مَا بَقِيَ ؟^{١٢} وَيُقَسِّطُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى عَلَيْهِمَا . وَلَا يَجُوزُ تَقْسِيمُهُ عَلَى
عَدَدِ الْأُذْرَعِ ؛ لِأَنَّ أَعْلَى الْبَيْرِ يَسْهُلُ ثَقُلُ التُّرَابِ مِنْهُ ، وَأَسْفَلُهُ يَشَقُّ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ
تَبَعَ مَا يَحْتَنُّهُ^(١٥) مِنَ الْحَفْرِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الصَّخْرَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

و ٩١/٥

فصل : وَيَجُوزُ الْأَسْتِجَارُ لِضَرْبِ اللَّيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَيَكُونُ عَلَى مُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ ،
فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْعَمَلِ ، اخْتِاجَ إِلَى تَبْيِينِ عَدْدِهِ ، وَذِكْرِ قَالِهِ ، وَمَوْضِعِ الضَّرْبِ ؛ لِأَنَّ
الْأَجْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ ؛ لَكُونِ التُّرَابِ فِي بَعْضِ الْأَمَاكِنِ أَسْهَلًا ، وَالْمَاءِ أَقْرَبَ . فَإِنْ

(١٠) فِي م : وَ حَى .

(١١) لَعَلَّ الصَّوَابَ : هَذَا الْمَوْضِعُ .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٣ - ١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : وَ مِنْهُ .

كان هناك قَالِبٌ مَعْرُوفٌ لَا يَخْتَلِفُ ، جَارٌ ، كما إذا كان المِكْيَالُ مَعْرُوفًا . وإن قَدَرَهُ بالَطُولِ والعَرَضِ والسُّمُكِ ، جَارٌ . وَلَا يَكْتَفِي بِمُشَاهَدَةِ قَالِبِ الضَّرْبِ إذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ غَرَرٌ . وَقَدْ يَتَلَفُ الْقَالِبُ ، فَلَا يَصِيحُ ، كَالْوِاسَلَمِ فِي مِكْيَالٍ بَعِيْنِهِ .

فصل : ويجوز الاستنجار للبناء ، وتقديره بالزمان أو العمل ، فإن قَدَرَهُ بِالْعَمَلِ ، فلا بد من معرفة موضعه ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ أَيْضًا بِقُرْبِ الْمَاءِ ، وَسَهُولَةِ التُّرابِ . وَلَا بَدَّ مِنْ ذِكْرِ طَوْلِهِ ، وَعَرْضِهِ ، وَسُمْكِهِ ، وَآلَةِ الْبِنَاءِ مِنْ لِبَنِ وَطِينٍ ، أَوْ حَجَرٍ وَطِينٍ ، أَوْ شَيْدٍ^(١٥) وَأَجْرٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِبْنَاءِ أَلْفِ لَبْنَةٍ فِي حَائِطِهِ^(١٦) ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ يَبْنِي لَهُ فِيهِ يَوْمًا ، فَعَمِلَ مَا اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَقَطَ الْحَائِطُ ، فَلَهُ أَجْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّى الْعَمَلَ . وَإِنْ قَالَ : أَرْفَعُ لِي هَذَا الْحَائِطَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فَرَفَعَ بَعْضَهُ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَعَلَيْهِ إِعَادَةُ مَا سَقَطَ ، وَإِثْمَامُ مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْإِجَارَةُ مِنَ الذَّرْعِ . وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ سَقُوطُهُ فِي الْأَوَّلِ لِأَمْرِ مِنْ جِهَةِ الْعَامِلِ ، فَأَمَّا إِنْ فَرِطَ ، أَوْ بَنَاهُ مَخْلُولًا ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَسَقَطَ ،^(١٧) فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ^(١٨) ، وَغَرَامَةُ مَا تَلَفَ مِنْهُ .

فصل : ويجوز الاستنجار لتطين السطوح والحيطان وتنجيسها . وَلَا يَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الطِّينَ يَخْتَلِفُ ، فَمِنْهُ رَقِيقٌ وَثَخِينٌ ، وَأَرْضُ السَّطْحِ^(١٩) تَخْتَلِفُ ،^(٢٠) فَمِنْهَا الْعَالِي وَمِنْهَا النَّازِلُ^(٢١) ، وَكَذَلِكَ الْحَيْطَانُ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزِ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ .

فصل : ويجوز استنجار ناسخه لينسخ له كُتُبُ فِقْهِهِ أَوْ حَدِيثِهِ ، أَوْ شِعْرًا مُبَاحًا ، أَوْ سِجَلَاتٍ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ مُشْتَى بْنِ جَامِعٍ ، وَسَأَلَهُ عَنْ كِتَابَةِ الْحَدِيثِ

(١٥) الشيد : ما طلى به حائط من جص ونحوه .

(١٦) في الأصل : « حائط » .

(١٧ - ١٨) سقط من : الأصل .

(١٨) في ب : « السطوح » .

(١٩ - ٢٠) في الأصل : « فيها العالي والنازل » .

بالأجر ، فلم يرَ به بأساً . ولا بدُّ من التَّقْدِيرِ بِالمُدَّةِ أو العَمَلِ ، فإن قَدَرَهُ بِالْعَمَلِ ، ذَكَرَ
عَدَدَ الأَوْرَاقِ ، وَقَدَرَهَا ، وَعَدَدَ السُّطُورِ فِي كُلِّ وَرَقَةٍ ، وَقَدَرَ الحَوَاشِي ، وَدَقَّةَ القَلَمِ
وَعِلْظَهُ . فإن عَرَفَ الحَظَّ بِالمُشَاهَدَةِ ، جَازَ ، وإن أَمَكَّنَ ضَبْطَهُ بِالصُّفَةِ ضَبْطَهُ ، وإلَّا
فَلَا بُدَّ مِنْ مُشَاهَدَتِهِ ؛ لأنَّ الأَجْرَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ . وَيَجُوزُ تَقْدِيرُ الأَجْرِ / بِأَجْزَاءِ
الْفَرَعِ ، وَيَجُوزُ بِأَجْزَاءِ الأَصْلِ الْمُنْسُوخِ مِنْهُ . وإن قَاطَعَهُ عَلَى نَسْخِ الأَصْلِ بِأَجْرِ
وَاحِدٍ ، جَازَ . وإذا أَخْطَأَ بِالشَّيْءِ اليَسِيرِ ، الَّذِي جَرَتْ العَادَةُ بِهِ ، عُفِيَ عَنْهُ ؛ لأنَّ
ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ . وإن أَسْرَفَ فِي القَلْطِ ، بِحَيْثُ يَخْرُجُ عَنِ العَادَةِ ، فَهُوَ غَيِّبٌ
يُرَدُّ بِهِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وَلَيْسَ لَهُ مُحَادَثَةٌ غَيْرُهُ حَالُ^(٢٠) النَّسْخِ ، وَلَا التَّشَاغُلُ بِمَا
يَشْغُلُ سِرَّهُ وَيُوجِبُ غَلْطَهُ ، وَلَا لغيرِهِ تَحْدِيثُهُ وَشَغْلُهُ . وَكَذَلِكَ كُلُّ الأَعْمَالِ الَّتِي
تَحْتَلُّ بِشُغْلِ السِّرِّ وَالْقَلْبِ ، كَالْقَصَارَةِ وَالتَّسَاجِعِ ، وَغَوَاهَا .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ مَنْ يَكْتُبُ لَهُ مُصْحَفًا ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرَوَى
ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَمَالِكِ بْنِ دِينَارٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،
وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجَرَ الرَّجُلُ شَهْرًا ، ثُمَّ يَسْتَكْتَبَهُ
مُصْحَفًا . وَكَرِهَ عُلُقَمَةُ كِتَابَةَ الْمُصْحَفِ بِالأَجْرِ^(٢١) . وَلَعَلَّهُ يَرَى أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَخْتَصُّ
فَاعِلَهُ بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَكَرِهَ الأَجَرَ عَلَيْهِ ، كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُبَاحٌ يَجُوزُ
أَنْ يُتَوَبَّ فِيهِ الْغَيْرُ عَنِ الْغَيْرِ ، فَجَازَ أَخْذُ الأَجْرِ عَلَيْهِ ، كَكِتَابَةِ الْحَدِيثِ ، وَقَدْ جَاءَ فِي
الْحَبَرِ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ »^(٢٢) .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ لِحَصَادِ زُرْعِهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافَيْنِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَكَانَ
إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَدَهَمَ يُوجِرُ نَفْسَهُ لِحَصَادِ الزَّرْعِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقَدَّرَهُ بِمُدَّةٍ ، وَيَعْمَلُ مُعَيَّنٌ ،

(٢٠) فِي ب ، م ، هـ : حَالَةٌ .

(٢١) مَقْطُوعٌ مِنَ : الأَصْلِ .

(٢٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يُعْطَى فِي الرِّقَةِ عَلَى أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرْطِ
فِي الرِّقَةِ بِقَطْعِهِ مِنَ الْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٢١/٣ ، ١٧١/٧ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ
الْبُيُوعِ ، سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٦٥/٣ .

مثل أن يُقَاطَعَهُ عَلَى حَصَادٍ زَّرَعَ مُعَيَّن . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِسَقْيِ زَرْعِهِ ، وَتَقْيِيتِهِ ، وَدِيَابِهِ ، وَنَقْلِهِ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّن . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا لِيَحْتَطِبَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ مُبَاحٌ تَدْخُلُهُ النَّبَاتُ ، أَشْبَهَ حَصَادَ الزَّرْعِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا عَلَى أَنْ يَحْتَطِبَ لَهُ عَلَى جَمَارَيْنِ كُلِّ يَوْمٍ ، فَكَانَ الرَّجُلُ يَنْقُلُ عَلَيْهِمَا وَعَلَى حَمِيرٍ لِرَجُلٍ آخَرَ ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ الْأَجْرَةَ . فَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ عَلَى الْأَجِيرِ بِقِيَمَةِ مَا اسْتَضَرَّ بِاشْتِغَالِهِ^(٢٣) عَنْ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْهِ ضَرَرٌ يَرْجِعُ عَلَيْهِ^(٢٤) بِالْقِيَمَةِ . فَاعْتَبَرَ الضَّرَرُ ، وَظَاهِرُ هَذَا^(٢٥) أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَضِرَّ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اكْتَرَاهُ لِعَمَلٍ ، فَوَقَّاهُ عَلَى التَّمَامِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ ، فَكَانَ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ فِي حَالِ عَمَلِهِ ، فَإِنْ ضَرَّ الْمُسْتَأْجِرَ ، رَجَعَ^(٢٥) عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ مَا فَوَّتَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَجِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ مَا عَمِلَهُ لغيره ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ مَنَافِعَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا إِلَى عَمَلٍ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ قِيَمَتُهَا ، كَمَا لَوْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : / معناه أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْأَجْرِ الَّذِي أَخَذَهُ مِنَ الْآخِرِ ، لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ مَمْلُوكَةٌ لغيره ، فَمَا حَصَلَ فِي مُقَابَلَتِهَا يَكُونُ لِلَّذِي اسْتَأْجَرَهُ .

فصل : وَيَجُوزُ الاسْتِئْجَارُ لِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ ، فِي النَّفْسِ^(٢٦) وَمَا دُونَهَا^(٢٦) . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَمَوْضِعُ الضَّرَبَاتِ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ، إِذْ يُمَكِّنُ أَنْ يَضْرِبَ مِمَّا^(٢٧) يَلِي الرُّأْسَ وَمِمَّا^(٢٧) يَلِي الْكَتِفَ ، فَكَانَ مَجْهُولًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي اسْتِيفَائِهِ ، لَا يَحْتَصُّ فَاعِلُهُ بِكَوْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، فَجَازَ الاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ ، كَالْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ . وَقَوْلُهُ : إِنْ عَدَدَ الضَّرَبَاتِ يَخْتَلِفُ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . يَطْلُبُ بِخِيَاطَةِ

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : بِاسْتِمَالِهِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٥) فِي ب ، م : يَرْجِعُ .

(٢٦ - ٢٦) فِي م : فَمَا دُونَهَا .

(٢٧ - ٢٧) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

الثوب ، فإنَّ عَدَدَ الْغُرَزَاتِ مَجْهُولٌ . وقوله : إنَّ مَحَلَّهُ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ . ^(٢٨) قلنا : هو مُتَقَارِبٌ ، فلا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ صِحَّتَهُ ، كَمَوْضِعِ الْخِيَاطَةِ مِنْ حَاشِيَةِ الثَّوْبِ . والأَجْرُ عَلَى الْمُقْتَصِّ مِنْهُ . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة ، ومالك : هو على المُسْتَوْفَى ، لأنَّه غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ^(٢٩) ، فليس على الْمُقْتَصِّ مِنْهُ إِلَّا التَّمْكِينُ ، كما لو اشْتَرَى ثَمَرَةَ تَحْلِيلِهِ . ولنا ، أَنَّهُ أَجْرٌ يَجِبُ لِإِفَاءِ حَقِّ ، فكان على الْمُوفَى ، كأَجْرِ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ . وما ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْقَطْعَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ ، بِذَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ مَكَّنْهُ مِنَ الْقَطْعِ فَلَمْ يَقْطَعْ ، وَقَطَعَهُ آخَرُ ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ صَاحِبِ الْقِصَاصِ ، وَلَوْ كَانَ التَّمْكِينُ ^(٣٠) تَسْلِيمًا ، لَسَقَطَ حَقُّهُ كَالثَّمَرَةِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِيَدُلَّهُ عَلَى طَرِيقٍ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ ، اسْتَأْجَرَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أَرْيَظَةَ هَادِيًا خَرِيتًا ^(٣١) ، وَهُوَ الْمَاهِرُ بِالْهَدَايَةِ ، لِيَدُلَّهُمَا عَلَى طَرِيقِ الْمَدِينَةِ . ويجوزُ اسْتِئْجَارُ كَيْالٍ ، وَوَزَانٍ ، لِعَمَلِ مَعْلُومٍ ، أَوْ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وبهذا قال مالك . والثوري ، والشافعي ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مَخَالَفًا . وقدرُ رَوَيْ فِي حَدِيثِ سُؤْيِدِ بْنِ قَيْسٍ : أَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَاشْتَرَى مِنَّا رَجُلٌ سَرَاوِيلَ ، وَثَمَ رَجُلٌ يَزُنُ بِأَجْرِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « زَنْ ، وَأَرْجَحْ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣٢) . ويجوزُ اسْتِئْجَارُ رَجُلٍ لِإِلَازِمٍ غَرِيْمًا يَسْتَحِقُّ مُلَازِمَتَهُ . وَسُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ قَدْ سَأَلَهُ . وقال في مَوْضِعٍ آخَرَ : غَيْرُ هَذَا أَعْجَبُ إِلَيَّ . كَرِهَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْوِلُ إِلَى الْخُصُومَةِ ، وَفِيهِ تَضْيِيقٌ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ ظَالِمًا ، فَيُسَاعِدُهُ عَلَى ظُلْمِهِ ، لَكِنَّهُ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مُحِقٌّ ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْحَاكِمَ لَا يَحْكُمُ إِلَّا بِحَقٍّ ، وَلِهَذَا أَجَزْنَا لِلْمُؤْكَلِّ فِعْلَهُ .

(٢٨ - ٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٩) في الأصل : « التمهيك » .

(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٣١) تقدم تخريجه في : ٣٨٢/٦ .

فصل : / ويجوز أن يستأجر سمساراً ، يشتري^(٣٢) له ثياباً ، ورخص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والشحى . وكراهه الثوري ، وحماذ . ولنا ، أنها منفعة مباحة ، تجوز الثيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء . ويجوز على مدة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها ؛ لأن المدة معلومة ، والعمل معلوم ، أشبه الخياط والقصار . فإن عين العمل دون الزمان ، فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً ، صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوباً ، فلك^(٣٣) درهم أجراً . وكانت الثياب معلومة بصفة ، أو مقدرة بزمان ، جاز . وإن لم يكن كذلك ، فظاهر كلام أحمد ، أنه لا يجوز ؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشتري ، فله أجر مثله . وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجازات الفاسدة .

فصل : وإن استأجره^(٣٤) يبيع له ثياباً بعينها ، صح . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن ذلك يتعذر عليه ، فأشبهه ضرب الفحل ، وحمل الحجر الكبير . ولنا ، أنه عمل مباح ، تجوز الثيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز^(٣٥) الاستئجار عليه كشرائه الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمان^(٣٦) ، فجاز مقدراً بعمل^(٣٧) ، كالخياطة . وقولهم : إنه غير ممكن . لا يصح ؛ فإن الثياب لا تنفك عن راعب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون إلا بالبيع والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه ، فإنه متعذر . وإن استأجره على شراء ثياب معينة ، احتمل أن لا يصح ؛ لأن ذلك لا يكون إلا من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذر تحصيل^(٣٧) العمل بحكم.

(٣٢) في ب : « يشتري » .

(٣٣) في الأصل : « فله ألف » .

(٣٤) في ب ، م : « استأجر » .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٣٦) في ب ، م : « بالعمل » .

(٣٧) في الأصل : « حصول » .

الظاهر، بخلاف البيع. وإن استأجره في البيع لرجل بعينه، فهو كالواستأجره لغيره؛
 ثياب بعينها. ويختل أن يصح؛ لأنه ممكن في الجملة. فإن حصل من ذلك شيء،
 استحق الأجر، ولأبطلت الإجارة، كما لو لم يمين البائع ولا المشتري.

فصل: ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر، بشيء معلوم، وسواء
 كان الأجير رجلاً أو امرأة، حراً أو عبداً. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور؛
 لأنه تجوز الثابة فيه، ولا يختص عامله بكونه من أهل القرية. قال أحمد: أجير
 المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة، ولا يشتري ط ذلك. قيل له: فيطوغي بالركعتين؟
 قال: ما لم يضر بصاحبه. إنما أباح له^(٣٨) ذلك؛ لأن أوقات الصلاة مستثناة من
 الخدمة، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها. وقال ابن المبارك:
 لا بأس أن يصلي الأجير ركعات السنة. وقال أبو ثور، وابن المنذر: ليس له منعه
 منها. وقال أحمد: يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحررة للخدمة، ولكن يصرف
 وجهه عن النظر، ليست الأمة مثل الحررة، ولا يخلو معها في بيت، ولا ينظر إليها
 متجردة، ولا إلى شعرها. إنما قال ذلك؛ لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه
 قبلها، وفرق بين الأمة والحررة؛ لأنهما يختلفان قبل الإجارة، فكذلك بعدها.

٨٩٨ - مسألة؛ قال: (وإذا مات المكري والمكثري، أو أحدهما،
 فالإجارة بحالها)

هذا قول مالك، والشافعي، وإسحاق، والبيهقي، وأبو ثور، وابن المنذر.
 وقال الثوري، وأصحاب الرأي، والليث: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما؛ لأن
 استيفاء المنفعة يتعذر بالموت، لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر، فإذا
 مات زال ملكه عن العين، فانتقلت إلى ورثته، فالمنافع تحدث على ملك الوارث،
 فلا يستحق المستأجر استيفاءها؛ لأنه ما عقد مع الوارث، وإذا مات المستأجر،

(٣٨) سقط من: الأصل، ب.

لم يُمكن إيجاب الأجر في تركه . ولنا ، أنه عقد لازم ، فلا يفسخ بموت العاقد ، مع سلامة المنقود عليه ، كالزوج أمته ثم مات . وما ذكروه لا يصح ؛ فإننا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكته عليه الأجرة كاملة في وقت العقد . ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات . ولو صح ما ذكروه ؛ لكان^(١) وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب^(٢) في تركه بعد موته ، كما لو حفر بئراً ، فوقع فيها شيء بعد موته ، ضمنه من^(٣) ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة ، كذا ههنا .

فصل : وإن مات المكري ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، أو كان غائباً ، كمن يموت في طريق مكة ، ويخلف جملة الذي اكتره ، وليس له عليه شيء يخمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ؛ لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن^(٤) منفعة العين ، فأشبهه ما لو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكري ؛ لأن المكري يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله ، مع ظهور امتناع الكراء عليه . وقد نقل^(٥) عن أحمد ، في رجل اكترى بغيراً ، فمات المكري في بعض الطريق ، فإن رجع البعير خالياً ، فعليه بقدر ما وجب له^(٦) ، وإن كان عليه ثقله ووطأؤه ، فله الكراء إلى الموضع . وظاهر / هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق له^(٧) به انتفاع ؛ لأنه تعذر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبهه ما لو اكترى من يقلع له ضرره ، فبراً ، أو ائقلع

٩٣/٥ ط

(١) في النسخ : لكن .

(٢) في النسخ : فوجب .

(٣) في الأصل : في .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : قيل .

(٦) سقط من : م .

قَبْلَ قَلْبِهِ ، أَوْ اكْتَرَى كَحَالًا لِيَكْحَلَ عَلَيْهِ ، فَبَرَأَتْ ، أَوْ ذَهَبَتْ . وَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّرَ أَنَّهُ
 لَمْ يَكُنْ ثُمَّ مِنْ وَرَثَتِهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْإِنْتِفَاعِ ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ .
 وَتَأْوَلُهَا الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْمُكَرَى قَبَضَ الْبَعِيرَ ، وَمَنَعَ الْوَرِثَةَ مِنْ ^(٧) الْإِنْتِفَاعِ ، وَلَوْلَا
 ذَلِكَ لَمَا انْتَفَسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَسِيخُ بِعُذْرِ فِي الْمُسْتَأْجِرِ مَعَ سَلَامَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ،
 كَمَا لَوْ حُسِبَ مُسْتَأْجِرُ الدَّارِ ، وَمُنِعَ مِنْ سُكْنَاهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ الْوَارِثَ
 الْإِنْتِفَاعَ ، لَمَا اسْتَحَقَّ شَيْئًا مِنَ الْأَجْرِ . وَيُفَارِقُ هَذَا مَا لَوْ حُسِبَ الْمُسْتَأْجِرُ ؛ لِأَنَّ
 الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ انْتِفَاعُهُ ، وَهَذَا الْيُؤَيِّسُ مِنْهُ بِالْحَبْسِ ، فَإِنَّهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ يُمَكِّنُ خُرُوجَهُ
 مِنَ الْحَبْسِ وَإِنْتِفَاعَهُ ، وَيُمَكِّنُ أَنْ يَسْتَنْيِبَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ لَهُ ^(٨) إِمَّا بِأَجْرٍ أَوْ
 غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمَيْتِ ، فَإِنَّهُ قَدْ فَاتَ انْتِفَاعُهُ بِنَفْسِهِ وَنَائِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ
 الصُّورِ ^(٩) .

فصل : إِذَا أَجَرَ الْمُوقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ، وَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ
 فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَنْفَسِيخُ الْإِجَارَةُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ فِي زَمَنِ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَنْطَلِ
 بِمَوْتِهِ ، كَمَا لَوْ أَجَرَ مِلْكَهُ الطَّلَقِ ^(١٠) . وَالثَّانِي ، تَنْفَسِيخُ الْإِجَارَةِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ،
 لِأَنَّائِيَّتِهَا ^(١١) أَنَّهُ أَجَرَ مِلْكَهُ وَمِلْكَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ فِي مِلْكِهِ دُونَ مِلْكِ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ أَجَرَ
 دَارَيْنِ أَحَدَهُمَا لَهُ ، وَالْأُخْرَى لغيرِهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَعْدَ الْمَوْتِ حَقٌّ لغيرِهِ ، فَلَا
 يَنْفُذُ عَقْدُهُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ مِلْكٍ وَلَا وَلَايَةٍ ، بِخِلَافِ الطَّلَقِ ، فَإِنَّ الْوَارِثَ ^(١٢) يَمْلِكُهُ ^(١٣)

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : « الضرر » .

(١٠) في الأصل ، ب : « المطلق » .

(١١) في الأصل : « نيتين » .

(١٢) في م : « المالك » .

(١٣) في الأصل ، م : « يملك » .

من جِهَةِ المَوْرُوثِ ، فلا يَمْلِكُ إِلَّا ما خَلَفَهُ ، وما تَصَرَّفَ فيه في حَيَاتِهِ ، لا يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، والمنافعُ التي أَجَرَهَا قد خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ بالإِجَارَةِ ، فلا تَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ . والبَطْنُ الثاني في الوَقْفِ يَمْلِكُون من جِهَةِ الواقِفِ ، فما حَدَثَ فيها^(١٤) بعدَ البَطْنِ الأوَّلِ كان مِلْكًا لهم ، فقد صادَفَ تَصَرُّفُ المُؤَجِّرِ في^(١٥) مِلْكِهِم من غيرِ إِذْنِهِم ، ولا وِلَايَةٍ لَهُ عليهم ، فلم يَصِحَّ . ويَتَخَرَّجُ أنْ تُبْطَلَ الإِجَارَةُ كُلُّهَا ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشافِعِيِّ . فعلى هذا إنْ كان المُؤَجِّرُ قَبَضَ الأَجْرَ كُلَّهُ ، وَقُلْنَا : نَتَفَسَّخُ الإِجَارَةَ . فَلِمَنْ انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ^(١٦) أَخَذَهُ ، وَيَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على وَرَثَةِ المُؤَجِّرِ بِحِصَّةِ الباقي من الأَجْرِ . وإنْ قُلْنَا : لا نَتَفَسَّخُ . رَجَعَ من انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على التَّرِكَةِ بِحِصَّتِهِ .

و ٩٤/٥

فصل: وإنْ أَجَرَ الوَلِيُّ الصَّبِيَّ ، أو مالَهُ مُدَّةً ، فَبَلَغَ في أَثْنائِهَا ، فقال أبو الحُطَّابِ : ليس له فَسْخُ الإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَزِمٌ ، عَقْدُهُ بِحَقِّ الوِلَايَةِ ، فلم يَبْطُلْ بِالْبُلُوغِ ، كما لو باعَ دارَهُ أو زَوْجَهُ . وَيَحْتَمِلُ أنْ تُبْطَلَ الإِجَارَةُ فيما بعدَ زَوَالِ الوِلَايَةِ ، على ما ذَكَّرْنَا في إِجَارَةِ الوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أنْ يَفْرَقَ بين ما إذا أَجَرَهُ مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُهُ في أَثْنائِهَا ، مثل إنْ أَجَرَهُ عامَينِ وهو ابنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ ، فَيَبْطُلُ في السَّادِسِ عَشَرَ ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ أَنَّهُ أَجَرَهُ فيها بعدَ بُلُوغِهِ . وهل يَصِحُّ في الخَامِسِ عَشَرَ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وبين ما إذا لم يَتَحَقَّقْ بُلُوغُهُ في أَثْنائِهَا ، كالَّذِي أَجَرَهُ في الخَامِسِ عَشَرَ وَحْدَهُ ، فَبَلَغَ في أَثْنائِهِ ، فيكونُ فيه ما قد ذَكَّرْنَا في صَدْرِ الفَصْلِ ؛ لِأَنَّا لو قُلْنَا : يُلْزَمُ الصَّبِيُّ^(١٧) بعدَ البُلُوغِ^(١٧) بِعَقْدِ الوَلِيِّ مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُهُ فيها ، أَقْضَى إلى أنْ يَعْقَدَ على جَمِيعِ مَنَافِعِهِ طَوْلَ عُمْرِهِ ، وإلى أنْ يَتَصَرَّفَ فيه في غيرِ زَمَنِ وِلَايَتِهِ عليه ، ولا يُشْبِهُ النِّكَاحَ ؛ لِأَنَّهُ

(١٤) في ب : منها .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : على .

(١٧ - ١٧) سقط من : ب ، م .

لَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُ مُدَّتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُعَقَّدُ لِلْأَبَدِ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لَأَنَّهُ عَقَّدَ عَلَى مَنَافِعِهِ فِي حَالٍ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي نَفْسِهِ ، فَإِذَا^(١٨) مَلَكَ ، ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَمَةِ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ زَوْجٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَّدَ لَارِئِمَ ، عَقَّدَ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَ التَّصَرُّفَ ، فَإِذَا مَلَكَهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْأَبِ إِذَا زَوَّجَ وَلَدَهُ . وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، لِأَجْلِ الْعَنْبِ ، لِأَنَّ ذِكْرَهُ ، وَلِهَذَا لَوْ عُتِقَتْ تَحْتَ حُرٍّ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا الْخِيَارُ . وَإِنْ مَاتَ الْوَلِيُّ الْمُؤَجَّرُ لِلصَّبِيِّ أَوْ مَالِهِ ، أَوْ عَزَلَ ، وَانْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَبْطُلْ عَقْدُهُ ؛ لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ تَصَرُّفُهُ بِمَوْتِهِ أَوْ عَزَلِهِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ نَاضِرُ الْوَقْفِ أَوْ عَزَلَ ، أَوْ مَاتَ الْحَاكِمُ بَعْدَ تَصَرُّفِهِ فِيمَا لَهُ النَّظَرُ فِيهِ . وَيُقَارِقُ مَا لَوْ أُجْرَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفُ مُدَّةً ، ثُمَّ مَاتَ فِي أَثْنَائِهَا ؛ لَأَنَّهُ أُجْرَ مِلْكٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي مُدَّةٍ لَا وَِلَايَةَ لَهُ فِيهَا ، وَهَهُنَا إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْوَلِيِّ الثَّانِي الْوِلَايَةُ^(١٩) (فِي التَّصَرُّفِ^(٢٠)) فِيمَا لَمْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، وَهَذَا الْعَقْدُ قَدْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْأَوَّلُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لِلثَّانِي وَِلَايَةً عَلَى مَا تَنَاولَهُ .

فصل : وَإِنْ أُجْرَ عَبْدُهُ مُدَّةً ، ثُمَّ أُعْتَقَهُ فِي أَثْنَائِهَا ، صَحَّ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَبْطُلْ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ بِشَيْءٍ . وَهَذَا جَدِيدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ / فِي الْقَدِيمِ : يَرْجِعُ عَلَى مَوْلَاهُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِسَبَبٍ كَانَ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَكْرَهُهُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَلَى ذَلِكَ الْعَمَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَنَفَعَةٌ اسْتَحَقَّتْ بِالْعَقْدِ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِبَدْلِهَا . كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ أُعْتَقَهَا بَعْدَ دُخُولِ الزَّوْجِ بِهَا ، فَإِنَّ مَا يَسْتَوْفِيهِ السَّيِّدُ لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . وَيُخَالِفُ الْمُكْرَهَ ؛ فَإِنَّهُ تَعَدَّى بِذَلِكَ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْعَبْدِ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ أَوْ الْإِنْضَاءِ ، كَالصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرَهُ ثُمَّ^(٢١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَّدَ لَارِئِمَ ، عَقَّدَهُ عَلَى

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « فَأَمَّا إِذَا » .

(١٩) ١٩ - ١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠) ٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ما يملكه ، فلا يَنْفَسِحُ بالعَنْق ، ولا يَزُولُ مِنْهُ عنه ، كما لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ثم باعها . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ نَفَقَةَ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَهِيَ عَلَيْهِ كَمَا كَانَتْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَشْرُوطَةً عَلَيْهِ ^(٢١) ، فَهِيَ عَلَى مُعْتِقِهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٢) كَالْبَاقِي عَلَى مَلِكِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ عِوَضَ نَفْعِهِ ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى نَفَقَةِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَشْغُولٌ بِالْإِجَارَةِ ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مَنْفَعَتَهُ بِعِوَضٍ غَيْرِ نَفَقَتِهِ ، لَمْ يَتَّقِ إِلَّا أَنَّهُا عَلَى الْمَوْلَى .

فصل : إذا أَجَرَ عَيْنًا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ ، سِوَاءَ بَاعَهَا لِلْمُسْتَأْجِرِ أَوْ لغيرِهِ . وبهذا قال الشافعي ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : إِنْ بَاعَهَا لِغَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَمَنَعَتِ الصَّحَّةَ ، كَمَا فِي بَيْعِ الْمَغْضُوبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ ، فَلَمْ تَمْنَعْ الصَّحَّةَ ، كَمَا لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ بَاعَهَا . وَقَوْلُهُمْ : يَدُ الْمُسْتَأْجِرِ حَائِلَةٌ دُونَ التَّسْلِيمِ . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَأْجِرِ إِنَّمَا هِيَ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَالْبَيْعُ عَلَى الرَّقَبَةِ ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتُ الْيَدِ عَلَى أَحَدِهِمَا تَسْلِيمَ الْآخَرِ ، كَمَا لو بَاعَ الْأُمَّةَ الْمُرُوجَةَ ، وَلَكِنْ مَنَعَتِ التَّسْلِيمَ فِي الْحَالِ ، فَلَا تَمْنَعُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَجِبُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، وَهُوَ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَيَكْفِي الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ حِينَئِذٍ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَيْعُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ فَإِنْ أَجَازَهُ جَازَ ، وَبَطَلَتِ الْإِجَارَةُ ، وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْبَيْعَ عَلَى غَيْرِ الْمَغْضُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرِ إِجَارَتُهُ ، كَبَيْعِ الْأُمَّةِ الْمُرُوجَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي يَمْلِكُ الْمَبِيعَ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ إِلَى حِينِ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِلَّا حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِنَّمَا يُرَادُ لِاسْتِيفَاءِ نَفْعِهَا ، وَنَفْعُهَا إِنَّمَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا انْقَضَتِ الْإِجَارَةُ ، فَيَصِيرُ هَذَا بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى عَيْنًا فِي مَكَانٍ بَعِيدٍ ، / فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَهَا إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ مُدَّةٍ يُمْكِنُ إِحْضَارُهَا فِيهَا . كَالْمُسْلِمِ إِلَى وَقْتٍ لَا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْمُسْلِمِ فِيهِ إِلَّا فِي وَقْتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي

و ٩٥/٥

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : الأصل .

بالإجارة ، فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن ؛ لأن ذلك عيب ونقص .

فصل : فإن اشترأها المستأجر ، صح البيع أيضا ؛ لأنه يصح بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين في يده . وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تبطل ؛ لأنه ملك^(٢٣) المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر ، فلم يتناقيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر . ولو أجز الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة ، صحَّت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها ، جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشتري غيره . والثاني ، تبطل الإجارة فيما بقي من المدة ؛ لأنه عقد على منفعة العين ، فبطل ملك العاقدين للعين ، كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ، ثم اشترأها ، بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح . فعلى هذا ، يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين . وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله ، حسب عليه باقى الأجر من الثمن .

فصل : وإن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشترأها ، في بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه دارا ، ثم مات أبوه ، وخلف ابني ، أحدهما هو المستأجر ، فإن الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحق بها ؛ لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقه ، إما بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين . وإن كان أبوه قد قبض الأجر ، لم يرجع بشئ منه على أخيه ، ولا تركه أبيه ، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين ؛ لأنه لو رجع بشئ أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته^(٢٤) ، وورث أخوه نصفًا مسلوب

(٢٣) ق م : ملك .

(٢٤) فى الأصل : بالمنفعة .

الْمَنْفَعَةِ ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ قَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الْمِيرَاثِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِنَصْفِ أَجْرِ النَّصْفِ
الَّذِي انْتَقَضَتْ الْإِجَارَةُ فِيهِ ، لَوَجَبَ أَنْ يَرْجَعَ أَخُوهُ بِنَصْفِ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي انْتَقَضَتْ
الْإِجَارَةُ فِيهَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْمَعَ لَهُ بَيْنَ الْمَنْفَعَةِ / وَأَخِذَ عَوَضُهَا مِنْ غَيْرِهِ .

فصل : وإن اشترى المشتاجر العينَ ، ثم وجدها معيبةً ، فردّها ، فإن قلنا : لا
تُنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْبَيْعِ . فهي باقية بعد ردّ العين كما كانت قبل البيع . وإن قلنا : قد
انْفَسَخَتْ . فالحكم فيها كما لو انْفَسَخَتْ بِتَلَفِ الْعَيْنِ . وإن كان المشتري أجنبيًا ،
فردّ المشتاجر الْإِجَارَةَ لِعَيْبٍ ، فينبغي أن تعود الْمَنْفَعَةُ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ عَوَضَهَا
عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِذَا سَقَطَ الْعَوَضُ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمُعَوَّضُ . وَلِأَنَّ الْمُسْتَرِي مَلَكَ الْعَيْنَ
مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ ، مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، مَا لَمْ يَمْلِكْهُ . وقال بعض أصحاب
الشافعي : يرجع إلى ^(٢٥) المشتري ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ تَابِعَةٌ لِلرَّقَبَةِ ، وَإِنَّمَا اسْتَحَقَّتْ بِعَقْدِ
الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَةً مُزَوَّجَةً ، فطَلَّقَهَا ^(٢٦) الزَّوْجَ . وَلَا
يَصِحُّ هَذَا الْقِيَاسُ ؛ فَإِنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ قَدْ اسْتَقَرَّ عَوَضُهَا لِلْبَائِعِ بِمَجَرَّدِ دُخُولِ الزَّوْجِ
بِهَا ، وَلَا يَنْقَسِمُ الْعَوَضُ عَلَى الْمُدَّةِ ، وَلِهَذَا لَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَاقِ فِيمَا إِذَا
انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، أَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ؛ فَإِنَّ الْمُؤَجَّرَ يَسْتَحِقُّ
الْأَجْرَ فِي مُقَابَلَةِ الْمَنْفَعَةِ مَقْسُومًا عَلَى مُدَّتِهَا ، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَوَضُ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ ،
فَرَأَى بِالْفَسْخِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ مُعَوَّضُهَا ، وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ . وَلِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْبُضْعِ لَا يَجُوزُ أَنْ
تُمْلِكَ بِغَيْرِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ أَوِ النِّكَاحِ ، فَلَوْ رَجَعَتْ إِلَى الْبَائِعِ ، لَمِلَكْتَ بِغَيْرِهِمَا . وَلِأَنَّهَا
مِمَّا لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ نَقْلُهَا إِلَى غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُعَاوَضَةُ عَنْهَا ، وَمَنْفَعَةُ الْبَدَنِ بِخِلَافِهَا .

فصل : وإذا رَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنٍ ، مثل أن يَسْتَأْجِرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ ، أَوْ لِرِعَايَةِ
الْعَتَمِ ، أَوْ جَمَلًا لِلْحَمْلِ أَوْ لِلرُّكُوبِ ، فَتَلَفَتْ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلَفِهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ
مُسْتَحَقَّةً ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ

(٢٥) سقط من : الأصل . .

(٢٦) في الأصل : ثم طلقها . .

إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مُعَيَّنٍ ، فَتَبَيَّنَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى عَيْنٍ مَوْصُوفَةٍ فِي الذِّمَّةِ ، انْعَكَسَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَمَتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ (٢٧) عَيْنًا قَلَّيْتُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَلَزِمَ الْمُوجِرُ إِبْدَالَهَا . وَإِنْ خَرَجَتْ مَعْصُوبَةً ، لَمْ يَتَطَّلِ الْعَقْدُ ، وَلَزِمَهُ بَدْلُهَا . وَإِنْ وَجَدَهَا عَيْنًا قَرَدَهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ غَيْرُ هَذِهِ الْعَيْنِ ، وَهَذِهِ بَدَلٌ عَنْهُ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ تَلْفُهَا ، وَلَا غَضَبُهَا ، وَلَا رَدُّهَا بِعَيْبٍ ، فِي إِبْطَالِ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِتَمَنٍّ فِي الذِّمَّةِ ، عَلَى مَا قُرِّرَ فِي مَوْضِعِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ فِي (٢٨) مِنْ أَكْثَرَى جَمَلًا لِيَرَكَبَهُ ، جَازًا أَنْ يَرَكَبَهُ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ . وَلَوْ أَكْثَرَى أَرْضًا لِزَرْعِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، جَازَ لَهُ زَرْعُ / مَا هُوَ مِثْلُهُ (٢٩) أَوْ دَوْنَهُ فِي الضَّرَرِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ : إِذَا أَكْثَرَى جَمَلًا بِعَيْنِهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبْدُلَهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ (٣٠) مَنَفْعَةُ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ غَيْرَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا ، (٣١) لَا يَجُوزُ (٣٢) أَنْ يَأْخُذَ غَيْرَهَا . وَالرَّاكِبُ غَيْرُ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ مُسْتَوْفٍ لِلْمَنَفْعَةِ ، وَإِنَّمَا اشْتَرَطُ مَعْرِفَتَهُ (٣٣) لِتَقْدِيرِ بِهِ (٣٤) الْمَنَفْعَةِ (٣٥) ، لَا لِكُونِهِ مَعْقُودًا عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِنَّمَا يُعَيَّنُ لِيُعْرَفَ بِهِ قَدْرُ الْمَنَفْعَةِ الْمُسْتَوْفَاةِ ، فَيَجُوزُ اسْتِيفَاءُ بَغِيرِهَا ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْمُشْتَرَى غَيْرَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَبِيعِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْبَعِيرُ أَوْ الْأَرْضُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَلَوْ مَاتَ الرَّاكِبُ ، أَوْ تَلَفَ الْبَذْرُ ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ ، وَجَازَ أَنْ يَقُومَ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، فَافْتَرَقَا .

(٢٧) فِي ب : « إِلَيْهَا » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ م .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣١ - ٣٢) فِي ب : « لَمْ يَجْزِ » .

(٣٢ - ٣٣) فِي م : « لِقَدْرِ » .

٨٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا ، فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَهُ غَيْرَهُ إِذَا كَانَ يَقُومُ مَقَامَهُ)

وجهه أن من استأجر عقاراً للسكنى ، فله أن يسكنه ، ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكين به ، من الرحل^(١) والطعام ، ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها ، مثل القصارين والحدادين ؛ لأن ذلك يضر بها . ولا يجعل فيها الدواب ؛ لأنها تروث فيها وتفسدها . ولا يجعل فيها السرجين^(٢) ، ولا رحي ، ولا شيئاً يضر بها . ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقیلاً فوق سقف ؛ لأنه يثقله ويكسر خشبه . ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه مخالفاً . وإنما كان كذلك ؛ لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه ، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكل وكيلاً في قبض المبيع ، أو دين له . ولم يملك فعل ما يضر بها ؛ لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه . فأمّا أن يجعل الدار مخزناً للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره . ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطاتها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

فصل : وإذا اشترى داراً ، جاز إطلاق العقد ، ولم يحتج إلى ذكر السكنى ، ولا صفتها . وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : لا يجوز ، حتى يقول : أبيت نحتها أنا وعيالي ؛ لأن السكنى تختلف ، ولو اشترى ليسكنها ، فتزوج امرأة ، لم يكن له أن يسكنها معه . / ولنا ، أن الدار لا تكثرى إلا للسكنى ،

ظ ٩٦/٥

(١) في م : الرحال .

(٢) السرجين : الزبل .

فاستغنى عن ذكره ، كما طلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف^(٣) به ، والتفاوت في السكنى يسير ، فلم يحتاج إلى ضبطه^(٤) ، وما ذكره لا يصح ؛ فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن^(٥) ، ولقائهم ، ولا يمكن ضبط ذلك ، فاجتزأ فيه بالعرف ، كما في دخول الحمام وشبهه . ولو اشترط ما ذكره ، لوجب أن يذكر عدد السكان ، وأن لا يبيت عنده ضيف ، ولا زائر ، ولا غير من ذكره ، ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن ، كما يعلم ذلك فيما إذا اشترى للرؤوب .

فصل : وإذا اشترى ظهرا ليركبه ، فله أن يركبه مثله ، ومن هو أخف منه ، ولا يركبه من هو أثقل منه ؛ لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الرأب ، فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه ، وله أن يستوفي أقل منه ؛ لأنه يستوفي بعض ما يستحقه ، وليس له استيفاء أكثر منه ؛ لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه . ولا يشترط التساوي في الطول والقصير ، ولا المعرفة بالرؤوب . وقال القاضي : يشترط أن يكون مثله في هذه الأوصاف كلها ؛ لأن قلة المعرفة بالرؤوب تثقل على المرؤوب ، وتضر به . قال الشاعر :

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا فهم يقال على أعجازها عنف^(٥)
ولنا ، أن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوي في الثقل يسير ، ففقي عنه ، ولهذا لا يشترط ذكره في الإجارة ، ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الإجارة ، كالثقل والخبث .

فصل : فإن شرط أن لا يستوفي المنفعة بعثله ، ولا بمن^(٦) هو دونه ، فقياس

(٣ - ٣) سقط من : ب .

(٤) في الأصل : « سكن » .

(٥) في م : « فهم ثقل » . والبيت في اللسان ، والناج (ع ن ف) .

(٦) في ب ، م : « من » .

قول أصحابنا صِحَّةُ الْعَقْدِ ، وَبُطْلَانُ الشَّرْطِ ، ^(٧) فَإِنَّ الْقَاضِيَ ^(٨) قَالَ فِي مَنْ شَرَطَ أَنْ يَزْرَعَ فِي الْأَرْضِ حِنْطَةً ، وَلَا يَزْرَعَ غَيْرَهَا : يَبْطُلُ الشَّرْطُ ، وَيَصِحُّ الْعَقْدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الشَّرْطُ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ الْمَنَافِعَ مِنْ جِهَةِ الْمُؤْجِرِ ، فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يُرَضَ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي تَخْصِيصِهِ بِاسْتِيفَاءِ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ . وَقَالُوا فِي الْوَجْهِ الْآخَرِ : يَبْطُلُ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ يُتَأَنَّى مُوجِبَ الْعَقْدِ ، إِذْ مُوجِبُهُ مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالتَّسَلُّطُ عَلَى اسْتِيفَائِهَا بِنَفْسِهِ وَبِنَائِيهِ ، وَاسْتِيفَاءُ بَعْضِهَا بِنَفْسِهِ ، وَبَعْضُهَا بِنَائِيهِ ، وَالشَّرْطُ يُتَأَنَّى ذَلِكَ ، فَكَانَ بَاطِلًا . وَهَلْ يُبْطَلُ بِهِ الْعَقْدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا ، لَا يُبْطَلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْثِّرُ فِي حَقِّ الْمُؤْجِرِ تَفَاعُلًا وَلَا ضَرًّا ، فَالْغَيِّ ، وَبَقِيَ الْعَقْدُ عَلَى مُقْتَضَاهُ . وَالْآخَرُ يُبْطَلُ ؛ لِأَنَّهُ يُتَأَنَّى مُقْتَضَاهُ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَ الْمَنَافِعَ .

٩٧/٥ و

/فصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها. نص عليه أحمد . وهو قول سعيد بن المسيّب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبي سلمة ^(٨) بن عبد الرحمن ، والنخعي ، والشعبي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وذكر القاضي فيه رواية أخرى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ ^(٩) . وَالْمَنَافِعُ لَمْ تُدْخَلْ فِي ضَمَانِهِ . ^(١٠) وَلِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى مَا لَمْ يَدْخُلْ فِي ضَمَانِهِ ^(١١) ، فَلَمْ يَجْزْ ، كَبَيْعِ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْعَيْنِ قَامَ مَقَامَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا ، كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرَةِ . وَيَبْطُلُ قِيَاسُ الرَّوَايَةِ الْآخَرَى بِهَذَا ^(١٢) الْأَصْلِ . إِذَا ثَبَتَ

(٧ - ٧) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَإِنَّ » .

(٨) فِي م : « وَأَبِي سُلَيْمَانَ » . خَطَأً .

(٩) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٣٣٤/٦ .

(١٠ - ١٠) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

(١١) فِي ب ، م : « لِهَذَا » .

هذا^(١٢) فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن^(١٣) يقوم مقامه ، أو ذوته في الضرر ؛ لما تقدم .
فأما إيجارتهما^(١٤) قبل قبضيهما ، فلا تجوز من غير المؤجر ، في أحد الوجهين . وهذا
قول أبي حنيفة ، والمشهور من قولي الشافعي ؛ لأن المنافع مملوكة بتقيد معاوضة ،
فاعتبر في جواز العقد عليها القبض ، كالأغنيان . والآخر ، يجوز ، وهو قول بعض
الشافعية ؛ لأن قبض العين لا يتقبل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه .
فأما إيجارتهما قبل القبض من المؤجر ، فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر . كان فيها
ههنا وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها . والثاني ، يجوز ؛ لأن
القبض لا يعتد عليه ، بخلاف الأجنبية . وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من
غير بائعه ، رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين . فأما إيجارتهما بعد قبضهما
من المؤجر ، فجائزة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأن ذلك
يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على^(١٥) الكراء ، فإذا^(١٦) اشتراها
صار مستحقاً له ، فيصير مستحقاً لما يستحق عليه ، وهذا تناقض . ولنا ، أن كل عقد
جاز مع غير العاقد ، جاز مع العاقد ، كالبيع ، وما ذكروه لا يصح ؛ لأن التسليم قد
حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر . ثم يطلل بالبيع ، فإنه يستحق عليه تسليم
العين ، فإذا اشتراها استحق تسليمها . فإن قيل : التسليم ههنا مستحق في جميع
المدة ، بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه^(١٧)
تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعدت المنافع بتلف الدار أو
غصبها^(١٨) ، رجع عليه ؛ لأنها تعدت بسبب كان في ضمانه .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب : أن .

(١٤) في الأصل : إيجارتهما .

(١٥ - ١٥) في الأصل : المكري فأما إذا .

(١٦) في ب : له .

(١٧) في ب ، م : وغصبها .

فصل : ويجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل الآخر وزيادة . نص عليه أحمد .
وروى ذلك عن عطية ، والحسن ، والزهري . وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن
المنذر . وعن أحمد ، أنه إن أخذت / في العين زيادة ، جاز له أن يكرها بزيادة ، وإلا
لم تجز الزيادة ، فإن فعل ، تصدق بالزيادة . روى هذا الشعبي . وبه قال الثوري ،
وأبو حنيفة ؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم
يضمن^(١٨) ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز ، كالوربح في الطعام قبل قبضه .
ويخالف ما إذا عمل عملاً فيها ، لأن الربح في مقابلة العمل . وعن أحمد ، رواية ثالثة ،
إن أذن له المالك في الزيادة ، جاز ، وإلا لم يجز . وكرة ابن المسيب ، وأبو سلمة ، وابن
سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبي ، والنخعي ، الزيادة مطلقاً ؛ لدخولها في
ربح ما لم يضمن . ولنا ، أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، كبيع المبيع بعد
قبضه ، وكألو أخذت عمارة لا يقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر ، فإن المنافع قد
دخلت في ضمانه من وجه ، فإنها لو فأت من غير استيفائه ، كانت من ضمانه . ولا
يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه ؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلفة ، سواء ربح
أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة ، وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ، ملغى بما
إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

فصل : ونقل الأثر ، عن أحمد ، أنه سأل عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له الفضل ؟ قال : ما أدري ، هي مسألة فيها بعض الشيء .
قلت : أليس كان الحياط أسهل عندك ، إذا قطع الثوب ، أو غيره إذا عمل في العمل
شيئاً ؟ قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل . قال النخعي : لا بأس أن يتقبل الحياط الثياب
بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها ، أو يقطع ، أو يعطيه سلوكاً أو إبراً ،
أو يخييط^(١٩) فيها شيئاً ، فإن لم يعن^(٢٠) فيها بشيء ، فلا يأخذن فضلاً . وهذا يحتمل

(١٨) تقدم تخريجه في : ٣٣٤/٦ .

(١٩ - ٢٠) سقط من : م .

أَن يَكُونَ النَّحْيُ مَقَالَهُ مَبْنِيًّا عَلَى مَذْهَبِهِ ، فِي أَنَّ مَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا لَا يُؤْجَرُهُ بِزِيَادَةٍ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ ذَلِكَ ، سَوَاءً أَعَانَ فِيهَا شَيْءٌ أَوْ لَمْ يُعِنْ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَنْ يُقْبَلَ بِمِثْلِ الْأَجْرِ الْأَوَّلِ أَوْ دُونِهِ ، جَازَ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَكَالْجَارَةِ الْعَيْنِ .

فصل : وَكُلُّ عَيْنٍ اسْتَأْجَرَهَا لِمَنْفَعَةٍ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِثْلَ تِلْكَ الْمَنْفَعَةِ وَمَا دُونَهَا فِي الضَّرَرِ . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا ثَمَرًا . فَحَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً ، أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ، إِذَا كَانَ الْوِزْنُ وَاحِدًا . فَإِنْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ الَّتِي يَسْتَوْفِيهَا أَكْثَرَ ضَرَرًا ، أَوْ مُخَالَفَةً لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهَا فِي الضَّرَرِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِي أَكْثَرَ حَقِّهِ ، أَوْ غَيْرَ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَإِذَا أَكْثَرَى دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا حَدِيدًا ، لَمْ يَحْمِلْ عَلَيْهَا^(٢٠) قُطْئًا ، لِأَنَّهُ يَتَحَافَى ، وَتَهَبُّ فِيهِ الرِّيحُ ، فَيَتْعَبُ الظَّهْرَ . وَإِنْ أَكْثَرَاهَا لِحِمْلِ الْقُطْنِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ الْحَدِيدَ ؛ لِأَنَّهُ / يَجْتَمِعُ فِي^(٢١) مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَثْقُلُ عَلَيْهِ ، وَالْقُطْنُ يَتَفَرَّقُ ، فَيَقِلُّ ضَرَرُهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الرَّابِّكَ يُعِينُ الظَّهْرَ بِحَرَكَتِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّابِّكَ يَقْعُدُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، فَيَشْتَدُّ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالْمَتَاعُ يَتَفَرَّقُ عَلَى جَنْبَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ غَرِيًّا ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَّجٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْمِلُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا عَقَدَ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَّجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ غَرِيًّا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَكِبَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ سَرَّجٍ حَمَى ظَهْرَهُ ، فَرُبَّمَا عَقَرَهُ . وَإِنْ أَكْثَرَاهُ لِيَرْكَبَهُ بِسَرَّجٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِاثْقَلِ^(٢٢) مِنْهُ . فَلَوْ أَكْثَرَى جَمَارًا بِسَرَّجٍ^(٢٣) لَمْ يَجُزْ أَنْ يَرْكَبَهُ بِسَرَّجِ الْبِرْدُونِ ، إِذَا كَانَ أَثْقَلَ مِنْ سَرَّجِهِ . وَإِنْ أَكْثَرَى دَابَّةً بِسَرَّجٍ ، فَرَكِبَهَا بِكَافٍ أَثْقَلَ مِنْهُ ، أَوْ أَضَرَّ ، لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ كَانَ أَخَفَّ ، وَأَقْلَ ضَرَرًا ، فَلَا بَأْسَ . وَمتى فَعَلَ مَا لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَانَ ضَامِنًا ، وَعَلَيْهِ الْأَجْرُ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٍ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) في ب : على هـ .

(٢٢) في م : بأكثر هـ .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن اُكْتَرَى ذَابَةٌ يُزَكِّيْهَا فِي مَسَافَةٍ مَّعْلُومَةٍ ، أَوْ يُجْعَلُ عَلَيْهَا ، فَأَرَادَ الْعُدُولُ بِهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى مِثْلَهَا فِي الْقَدْرِ أَضَرَّ مِنْهَا ، أَوْ تُخَالِفُ ضَرَرُهَا ، بَأَن تَكُونَ إِحْدَاهُمَا أَحْسَنَ وَالْأُخْرَى أَعْوَفَ ، لَمْ يَجُزْ . وَإِن كَانَ مِثْلَهَا فِي السَّهْوَةِ وَالْحُزْنَةِ وَالْأَمْنِ ، أَوِ التِّي يَعْدِلُ إِلَيْهَا أَقْلُ ضَرَرًا ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَسَافَةَ عَيْنُ لَيْسَتْ تَوْفَى بِهَا الْمَنْفَعَةُ ، وَيَعْلَمُ قَدْرَهَا بِهَا ، فَلَمْ تَتَّعِنَ ، كَتَنوعِ الْمَحْمُولِ وَالرَّاكِبِ . وَيَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ لِلْمُكْرَى غَرَضٌ فِي تِلْكَ الْجِهَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لَمْ يَجُزْ الْعُدُولُ إِلَى غَيْرِهَا ، مِثْلُ (٢٤) مَنْ يُكْرَى جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ فَيُحْمَلُ (٢٥) مَعَهَا ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَذْهَبَ بِهَا إِلَى غَيْرِهَا . وَلَوْ أَكْرَاهَا إِلَى بَغْدَادَ ، لِكُنْزِ أَهْلِهَا ، أَوْ يَلِدَ الْعِرَاقِ ، لَمْ يَجُزْ الذَّهَابُ بِهَا إِلَى مِصْرَ . وَلَوْ أَكْرَى جِمَالَهُ جُمْلَةً إِلَى بَلَدٍ ، لَمْ يَجُزْ لِلْمُسْتَأْجِرِ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا ، بِالسَّفَرِ بَعْضُهَا إِلَى جِهَةٍ ، وَبِاقِيهَا إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ عَيْنُ الْمَسَافَةِ لِعَرَضٍ فِي قَوَاتِهِ ضَرَرٌ ، فَلَمْ يَجُزْ تَقْوِيَتُهُ ، كَمَا فِي حَقِّ الْمُكْرَى (٢٥) ، فَإِنَّهُ لَوْ أَرَادَ حَمْلَهُ إِلَى غَيْرِ الْمَكَانِ الَّذِي أَكْتَرَى إِلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ ، وَكَأَلَوْ عَيْنَ طَرِيقًا سَهْلًا أَوْ أَمِنًا ، فَأَرَادَ سُلُوكَ مَا يُخَالِفُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرَى قَمِيصًا لَيْلِيَّةً ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْإِتِّفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ، كَالْعَقَارِ . وَلَا يُدْ مِنْ تَقْدِيرِ الْمَنْفَعَةِ بِالْمُدَّةِ . وَإِن كَانَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ نَزْعُ (٢٦) ثِيَابِهِمْ عِنْدَ النَّوْمِ فِي اللَّيْلِ ، فَعَلِيهِ نَزْعُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُعْتَادِ / ، وَلَهُ لُبْسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ . وَإِن نَامَ نَهَارًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ نَزْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْعَرُفُ . وَيَلْبَسُ الْقَمِيصَ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَرَّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فَيَشْتَقُّ (٢٧) ، وَفِي اللَّبْسِ لَا يُعْتَمَدُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَرْتَدِيَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُنْخَفَ . وَمَنْ مَلَكَ

٩٨/٥ ط

(٢٤ - ٢٥) في الأصل : « أَنْ تَكُونَ جِمَالُهُ إِلَى مَكَّةَ لِيَحْجَ » .

(٢٥) في ب ، م : « الْمُكْرَى » .

(٢٦) في الأصل زيادة : « فِي » .

(٢٧) في الأصل : « فَيَشْتَقُّ » .

شيئا ، مَلَكٌ ما هو أَحْفَ منه . وقيل فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِغْمَالٌ لَمْ تَجْرِ
الْعَادَةُ بِهِ فِي الْقَمِيصِ^(٢٨) ، أَشْبَهَ الْاِتِّزَارَ بِهِ .

فصل : وإن استأجر أرضاً ، صَحَّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَلا يَصِحُّ حَتَّى يَرَى الْأَرْضَ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْفَعَةَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا ، وَلا تُعْرَفُ إِلَّا بِالرُّؤْيَى ؛ لِأَنَّهَا لا تَنْضَبِطُ بِالصَّفَةِ ، وَلا يَصِحُّ
حَتَّى يَذْكُرَ^(٢٩) مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تَصْلُحُ لِهَذَا كُلِّهِ ،
وَتَأْتِيهِ فِي الْأَرْضِ يَخْتَلِفُ ، فَوَجَبَ بَيَانُهُ . فَإِنْ قَالَ : أَجَرْتُكَهَا لِتَزْرَعَهَا أَوْ تَغْرِسَهَا .
لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْ أَحَدَهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَإِنْ
قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ ، وَتَغْرِسَهَا^(٣٠) مَا شِئْتَ . صَحَّ . وَهَذَا مَتَّصُوصٌ الشَّافِعِيِّ .
وَحَالَفَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِهِ ، فَقَالُوا : لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لا يَذَرِي كَمْ يَزْرَعُ وَيَغْرِسُ . وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : يَصِحُّ ، وَيَزْرَعُ نَصْفَهَا ، وَيَغْرِسُ نَصْفَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى إِبَاحَةَ هَذَيْنِ
الشَّيْئَيْنِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . وَلِأَنَّ اخْتِلَافَ الْجِنْسَيْنِ كَاخْتِلَافِ
النُّوعَيْنِ ، وَقَوْلُهُ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . إِذْنٌ فِي نَوْعَيْنِ وَأَنْوَاعٍ ، وَقَدْ صَحَّ ، فَكَذَلِكَ
فِي الْجِنْسَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَغْرِسَهَا كُلَّهَا ، وَإِنْ أَحَبَّ زَرَعَهَا كُلَّهَا ، كَمَا لَوْ إِذْنٌ لَهُ فِي أَنْوَاعِ
الزَّرْعِ كُلِّهِ ، كَانَ لَهُ زَرْعُ جَمِيعِهَا نَوْعًا وَاحِدًا ، وَلَهُ زَرْعُهَا مِنْ نَوْعَيْنِ ، كَذَلِكَ
هَهُنَا . وَإِنْ أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ وَحْدَهُ ، فَفِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ :

إِحْدَاهُنَّ ، أَكْرَاهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، أَوْ قَالَ : لِتَزْرَعَهَا مَا شِئْتَ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَهُ
زَرْعُ مَا شَاءَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحَكِيَ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُ لا يَصِحُّ حَتَّى يَتَبَيَّنَ
الزَّرْعُ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ يَخْتَلِفُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَدُونِ الْبَيَانِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْ مَا يَكْتَرِي لَهُ مِنْ
زَرْعٍ أَوْ غَرْسٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُهَا لِأَكْثَرِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، وَيُسَاحُ لَهُ جَمِيعُ

(٢٨) فِي الْأَصْلِ : « الْقَمِيص » .

(٢٩) فِي مِ زِيَادَةَ : « لَهُ » .

(٣٠) فِي مِ : « أَوْ تَغْرِسَهَا » .

الأنواع ؛ لأثباته ، فإذا عَمَّ أو أَطْلَقَ ، تَنَاوَلَ الْأَكْثَرُ ، وكان له مادونه ، ويُخَالِفُ
الْأَجْنَاسَ الْمُخْتَلِفَةَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اكْتَرَى ذَاتَةً
لِلْمَرْكُوبِ ، لَوَجَبَ تَعْيِينُ الرَّائِبِ . قُلْنَا : لِأَنَّ إِجَارَةَ الْمَرْكُوبِ لِأَكْثَرِ الرُّكَّابِ ضَرَرًا
لَا تَجُوزُ ، بِخِلَافِ الْمَرْزُوعِ ، وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ حُرْمَةً فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِطْلَاقُ ذَلِكَ
فِيهِ ، بِخِلَافِ الْأَرْضِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اسْتَأْجَرَ ذَارًا لِلسُّكْنَى مُطْلَقًا ، لَمْ يَجُزْ / أَنْ
يُسْكِنَهَا مَنْ يَضُرُّهَا ، كَالْقَصَّارِ وَالْحَدَّادِ ، فَلِمَ قُلْتُمْ إِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَزَرَِعَهَا مَا يَضُرُّهَا ؟
قُلْنَا : السُّكْنَى لَا تَقْتَضِي ضَرَرًا ، فَلِذَلِكَ مُنِعَ مِنْ إِسْكَانِ مَنْ يَضُرُّهَا ، لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ
يَقْتَضِهِ ، وَالزَّرْعُ يَقْتَضِي الضَّرَرَ ، فَإِذَا أُطْلِقَ كَانَ رَاضِيًا بِأَكْثَرِهِ ، فَلِهَذَا جَازَ . وَلَيْسَ
لَهُ أَنْ يَغْرَسَ فِي هَذِهِ الْأَرْضِ ، وَلَا يَنْبِئَ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ .

المسألة الثانية ، أَكْرَاهَا^(٣١) لِيَزْرَعَ حِنْطَةً ، أَوْ نَوْعَ بَعْضِهِ ، فَإِنَّ لَهُ زَرْعَ مَا عَيْتَهُ^(٣٢)
وما ضرره كضرره أو دونه . وَلَا يَتَعَيَّنُ مَا عَيْتَهُ فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا دَاوُدُ وَأَهْلُ
الظَاهِرِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : لَا يَجُوزُ لَهُ زَرْعُ غَيْرِ مَا عَيْتَهُ ، حَتَّى لَوْ وَصَفَ الْحِنْطَةَ بِأَنَّهَا
سَمَرَاءُ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ بَيْضَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَيْتَهُ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ يَجُزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ
عَيَّنَ الْمَرْكُوبَ ، أَوْ عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ فِي الثَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَنَفَعَةُ الْأَرْضِ دُونَ
الْقَمْحِ ، وَلِهَذَا اسْتَقَرَّ^(٣٣) عَلَيْهِ الْعَوَضُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، إِذَا تَسَلَّمَ الْأَرْضَ . وَإِنْ لَمْ
يَزْرَعْهَا ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْقَمْحَ لِتَقْدِيرِهِ الْمَنَفَعَةَ ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ذَارًا لِلسُّكْنَى ،
كَانَ لَهُ أَنْ يُسْكِنَهَا غَيْرَهُ . وَفَارَقَ الْمَرْكُوبَ ، وَالِدَّرَاهِمَ فِي الثَّمَنِ ، فَإِنَّهُمَا مَعْقُودٌ
عَلَيْهَا ، فَتَعَيَّنَا ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ هُنَا مَنَفَعَةُ مُقَدَّرَةٍ ، وَقَدْ تَعَيَّنَتْ أَيْضًا ، وَلَمْ يَتَعَيَّنْ مَا
قُدِّرَتْ بِهِ ، كَمَا لَا يَتَعَيَّنُ الْبِكْيَالُ وَالْمِيزَانُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

المسألة الثالثة ، قَالَ : لِيَزْرَعْهَا حِنْطَةً ، وَمَا ضَرَرُهُ كَضَرَرِهَا ، أَوْ دُونَهُ . فَهَذِهِ

(٣١) فِي ب : دَاكْرَاهَا .

(٣٢) فِي ب ، م : دَاكْرَاهَا .

(٣٣) فِي م : دَاكْرَاهَا .

كالتى قبلها ، إلا أنه لا مخالف فيها ؛ لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق ، وبين ذلك نصريح
نصه ، فزال الإشكال .

المسألة الرابعة ، قال : ليزرعها حنطة ، ولا يزرع غيرها . فذكر القاضى
أن الشرط باطل ؛ لأنه يتأفى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ،
فلم يصح الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ؛ لأنه
لا ضرر فيه ، ولا غرض^(٣٤) لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله ، لا يختلف فى
غرض^(٣٥) المؤجر ، فلم يؤثر فى العقد ، فأشبه شرط استيفاء المبيع أو الثمن
بأنفسه . وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنه لا يسكنها غيره ، وجهها فى صحة
الشرط ، ووجهها آخر فى فساد العقد ، فيخرج ههنا مثله .

فصل : وإن أكرها للغراس ؛ فقيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها ؛
لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كل واحد منهما يضر
بباطن الأرض . / وليس له البناء ؛ لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضر بظاهر
الأرض . وإن أكرها للزرع ، لم يكن له الغرس ولا البناء ؛ لأن ضرر الغرس أكثر ،
وضرر البناء مخالف لضرره . وإن أكرها^(٣٦) للبناء ، لم يكن له الغرس ولا الزرع ؛
لأن ضررهما يخالف ضرره .

فصل : ولا تحلوا الأرض من قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، إما من
نهر لم تنجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مدة لا يؤثر فى الزرع ، أو من عين نابعة ،
أو بركة من مياه الأمطار يجمع فيها ثم يسقى به ، أو من بقر يقوم بكفائتها ، أو ما يشرب
بعروقه لندوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كله دائم . ويصح

(٣٤) فى الأصل : عوض .

(٣٥) فى م : غير .

(٣٦) فى الأصل : أكرها .

استُجَارَها لِلْفَرَسِ وَالزَّرْعِ . بغيرِ خِلَافٍ عِلْمُناه . وكذلك الأَرْضُ الَّتِي تَشْرَبُ مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، وَيُكْتَفَى^(٣٧) بِالْمُعْتَادِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، وَلَا يَنْقَطِعُ إِلَّا نَادِرًا ، فَهُوَ كَسَائِرِ الصُّوَرِ الْمَذْكُورَةِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ لَا يَكُونُ لَهَا مَاءٌ دَائِمًا ، وَهِيَ تَوْعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَشْرَبُ مِنْ زِيَادَةِ مُعْتَادَةٍ تَأْتِي فِي وَقْتِ الْحَاجَةِ ، كَأَرْضِ مِصْرَ الشَّارِبَةِ مِنْ زِيَادَةِ النَّيْلِ ، وَمَا يَشْرَبُ مِنْ زِيَادَةِ الْفُرَاتِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَأَرْضِ الْبَصْرَةِ الشَّارِبَةِ مِنَ الْمَدِّ وَالْحَزْرِ ، وَأَرْضِ دِمَشَقِ الشَّارِبَةِ مِنْ زِيَادَةِ بَرْدَى . أَوْ مَا يَشْرَبُ مِنَ الْأَوْدِيَةِ الْجَارِيَةِ مِنْ مَاءِ الْمَطَرِ ، فَهَذِهِ تَصِحُّ إِجَارَتُهَا قَبْلَ وَجُودِ الْمَاءِ الَّتِي تُسْقَى بِهِ وَبَعْدَهُ . وَحَكَى ابْنُ الصَّبَّاحِ ذَلِكَ مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَصْحَابُهُ : إِنْ أَكْرَاهَا بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، صَحَّ ، وَلَا يَصِحُّ قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّهَا مَعْدُومَةٌ ، لَا تَعْلَمُ هَلْ يَقْدِرُ عَلَيْهَا أَمْ^(٣٨) لَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُعْتَادٌ ، الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ، فَجَارَتْ إِجَارَةُ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ بِهِ ، كَالشَّارِبَةِ مِنْ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، وَلِأَنَّ ظَنَّ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ فِي وَقْتِهِ يَكْفِي فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ ، كَالسَّلَامِ فِي الْفَاكِهَةِ إِلَى أَوَانِهَا . النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَجِيءُ الْمَاءِ نَادِرًا ، أَوْ غَيْرَ ظَاهِرٍ ، كَالْأَرْضِ الَّتِي لَا يَكْفِيهَا إِلَّا الْمَطَرُ الشَّدِيدُ الْكَثِيرُ ، الَّذِي يَنْدُرُ وَجُودُهُ . أَوْ يَكُونُ شَرِبُهَا مِنْ قِيَضٍ وَادٍ مَجِيئِهِ نَادِرًا ، أَوْ مِنْ زِيَادَةِ نَادِرَةٍ فِي نَهْرٍ أَوْ عَيْنٍ غَالِبَةٍ ، فَهَذِهِ إِنْ أَجَرَهَا بَعْدَ وَجُودِ مَاءٍ يَسْقِيهَا بِهِ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الْإِثْفَاعُ بِهَا وَزَرْعُهَا ، فَجَارَتْ إِجَارَتُهَا ، كَذَاتِ الْمَاءِ الدَّائِمِ . وَإِنْ أَجَرَهَا قَبْلَهُ لِلْفَرَسِ أَوِ الزَّرْعِ ، لَمْ يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الزَّرْعُ غَالِبًا ، وَيَتَعَذَّرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَلَمْ تَصِحَّ / إِجَارَتُهَا ، كَالْأَبْقِ وَالْمَغْصُوبِ . وَإِنْ أَكْرَاهَا عَلَى أَنَّهَا لَا مَاءَ لَهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَتِمَكَّنُ^(٣٩) مِنَ الْإِثْفَاعِ بِهَا بِالنَّزُولِ فِيهَا ، وَوَضْعِ رَحْلِهِ ، وَجَمْعِ الْحَطَبِ فِيهَا ، وَلَهُ أَنْ يَزَرِعَهَا رَجَاءَ الْمَاءِ . وَإِنْ حَصَلَ لَهُ مَاءٌ قَبْلَ زَرْعِهَا ، فَلَمْ يَزَرِعْهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَنَافِعِهَا الْمُتَمَكِّنِ اسْتِيفَاقُهَا . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَبِي ، وَلَا يَغْرِسَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّلُ لِلتَّابِيدِ . وَتَقْدِيرُ الْإِجَارَةِ بِمُدَّةٍ تَقْتَضِي تَغْرِيقَهَا

و ١٠٠/٥

(٣٧) فِي الْأَصْلِ : د : وَيَكْفَى .

(٣٨) فِي ب ، م ، د : أَوْ .

(٣٩) فِي ب ، م ، د : تَمَكَّنَ .

عند انقضاءها . فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صحَّ مع تقدير المدة . قلنا : التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه ، بظاهره في التفريع عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس والبناء عما يرادله بظاهره ، بخلاف مسألتنا . وإن أطلق إجارة هذه الأرض ، مع العلم بحالها ، وعدم ما فيها ، صحَّ ؛ لأنهما دخلتا في العقد على أنها لا ماء لها ، فأشبه مالو شرطاه . وإن لم يعلم عدم ما فيها^(٤٠) ، أو ظن المكثري أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه ، لم يصح العقد ، ولأنه ربما دخل في العقد بناءً على أن المالك لها^(٤١) يحصل لها ماء ، وأنه يكثرها للزراعة مع تعدد ما . وقيل : لا يصح العقد مع الإطلاق وإن علم حالها^(٤٢) ؛ لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي الزراعة . والأولى صحته ؛ لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالغيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفي الزرع ، فهي كالتي لا ماء لها . ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا .

فصل : وإن اكثري أرضاً غارقة بالماء ، لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ولا ينحسر ، فالعقد باطل ؛ لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن ، ولا يزول المانع غالباً . وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مد النيل ، صحَّ العقد ؛ لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة . وإن كانت الزراعة فيها ممكنة ، ويخاف غرقها ، والعادة غرقها ، لم يجز إيجارها ؛ لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة .

فصل : ومتى غرق الزرع أو هلك ، بحريق أو جراد أو برد ، أو غيره ، فلا ضمان

(٤٠) في م : غائها .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في ب : حالتها . وفي م : بحالها .

على المؤجر ، ولا خيار للمكترى . نص عليه أحمد . ولا تعلم فيه خلافا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن التألف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكترى فيه ، فأشبهه من اشترى^(٤٣) / ذكائنا فاحترق متاعه فيه . ثم إن أمكن المكترى الاتيفاع بالأرض بغير الزرع ، أو بالزرع في بقية المدّة ، فله ذلك ، وإن تعدّر ذلك ، فالأجر لازم له ؛ لأن تعدّره لغوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر ، لا لمعنى في العين . وإن تعدّر الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فليستأجر الخيار ؛ لأنه لمعنى في العين . وإن تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجر ضمانه ؛ لأنه لم يتلفه^(٤٤) بمباشرة ولا بسبب . وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع ، فله الفسخ ؛ لأنه عيب . فإن كان ذلك بعد الزرع ، فله الفسخ أيضا ، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصّد ، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما تبقى من المدّة لأرض لها مثل ذلك الماء . وكذلك إن انقطع الماء بالكلية ، أو حدث بها عيب من غرق يهلك به^(٤٥) بعض الزرع ، أو يسوء حاله به .

فصل : وإذا استأجر أرضا للزراعة مدّة ، فأنقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصّاده ، لم يحل من حالين ؛ أحدهما ، أن يكون لتفريط من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدّة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يُخبر المالك بعد المدّة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدّة ؛ لأنه أبقى زرعاً في أرض غيره بعدوانه . وإن اختار المستأجر قطع زرع في الحال ، وتفريغ الأرض ، فله ذلك ؛ لأنه يزيل الضرر ، ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد . وذكر القاضي ، أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض ، وإن أنفق على تركه بغيره أو غيره ، جاز . وهذا مذهب الشافعي ، بناء على قوله في الغاصب . وقياس مذهبنا

(٤٣) ب : ١ : اكترى .

(٤٤) في الأصل : تلف .

(٤٥) سقط من : م .

ما ذكرناه . الحال الثاني ، أن يكون بقاؤه بغير تفريط ، مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدة عادة ، فأبطأ ليرد أو غيره ، فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي ، وله المسمى وأجر المثل لما زاد ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الثاني ، قالوا : يلزمه نقله ؛ لأن المدة ضربت لنقل الزرع ، فلزم العمل بموجبه ، وقد وجد منه تفريط ؛ لأنه كان يمكنه أن يستظهر في المدة ، فلم يفعل . ولنا ، أنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه ، من غير تفريط ، فلزم تركه ، كالمواعاة أرضاً فزرعها ، ثم رجع المالك قبل كمال الزرع . وقولهم : إنه مفرط . غير صحيح ؛ لأن هذه المدة التي جرت العادة / بكمال الزرع فيها ، وفي زيادة المدة تفويث^(٤٦) زيادة الأجر بغير فائدة ، وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم . على خلاف العادة هو التفريط ، فلم يكن تركه تفريطاً . ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة^(٤٧) الإجارة ، فللمالك منعه ؛ لأنه سبب لوجود زرع في أرضه بغير حق ، فملك منعه منه . فإن زرع ، لم يملك مطالبة بقلعه قبل المدة ؛ لأنه في أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة ، فقبلها أولى . ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة ، قال : إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل ، فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة .

فصل : وإذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها ، مثل أن يكتري^(٤٨) خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة ، نظرنا ؛ فإن شرط تفريعها عند انقضاء المدة ونقله عنها ، صح ؛ لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدته ، وقد يكون له غرض في ذلك ، لأخذه إياه قصيلاً أو غيره ، ويلزمه ما التزم ، وإن أطلق العقد ، ولم يشترط شيئاً ، احتمل أن يصح ؛ لأن الاتيفاع بالزرع في هذه المدة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن يتفيع

(٤٦) في الأصل : « تفوت » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) في الأصل : « اكترى » .

بالأرض ، في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذ^(٤٩) قصيلاً ، صح العقد ؛ لأن الائتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن . وإن لم يكن كذلك ، لم يصح ؛ لأنه اخترى للزرع ما لا يتنفع بالزرع^(٥٠) فيه ، أشبه إجارة السبخة له . فإن قلنا : يصح . فإن انقضت المدة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته ؛ لأنه ههنا مفراط . واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر ؛ لأن التفريط منه حيث أكره مدة لزرع لا يكمل فيها . وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فالعقد فاسد ؛ لأنه جمع بين متضادين ، فإن تقدير المدة يقتضي النقص فيها ، وشرط التبقية يحالفه ، ولأن مدة التبقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بتقبله ، كالتى تقدمت .

فصل : إذا أجرة^(٥١) للغراس سنة ، صح ؛ لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلغ الغراس عند انقضاء المدة ، أو أطلق . وله أن يغرس قبل انقضاء المدة ، فإذا انقضت ، لم يكن له أن يغرس ؛ لزوال عقده . فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط قلغ عند انقضائها ، لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكري / تسوية الحفر وإصلاح الأرض ؛ لأنهما دخلا على هذا ، لرضاها بالقلع ، واشتراطهما عليه . وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره ، جاز^(٥٢) إذا شرطاً مدة معلومة . وكذلك لو اخترى الأرض سنة بعد سنة ، كلما انقضت عقد جدد آخر ، جاز^(٥٣) . وإن أطلق العقد ، فللمكري القلغ ؛ لأن الغرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من^(٥٤) الدار

١٠١/٥ ط

(٤٩) في الأصل : « فأخذه » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) في ب : « استأجره » .

(٥٢ - ٥٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٣) في الأصل : « في » .

التي باعها . وإذا قلَّع ، فعليه تسوية الحفر ؛ لأنه نقصٌ دَخَلَ على (٥٤) مِلْكٍ غيره بغير إذنه . وهكذا إن قلَّعه قبل انقضاء المدة ههنا ، وفي التي قبلها ؛ لأنَّ القلْعَ قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنَّه تَصَرَّفَ في الأرض تَصَرُّفاً تَقْصِصُها ، لم يَقْتَضِهِ عَقْدُ الإِجَارَةِ . وإن أبى القلْع ، لم يُجْبَرْ عليه ، إلَّا أن يَضْمَنَ له المالكُ نَقْصَ غَرْسِهِ ، فيُجْبَرُ حينئذٍ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالكٌ : عليه القلْعُ من غير ضَمَانٍ النقص له ؛ لأنَّ تَقْدِيرَ المَدَّةِ في الإِجَارَةِ يَقْتَضِي التَّفْرِيعَ عند انقضاءها ، كما لو استأجرها للزَّرْعِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » (٥٥) . مَفْهُومُهُ أَنَّ ما لَيْسَ بِظَالِمٍ له حَقٌّ . وهذا ليس بِظَالِمٍ ، ولأنَّه غَرَسَ بِإِذْنِ المَالِكِ ، ولم يَشْرُطْ قَلْعَهُ ، فلم يُجْبَرْ على القلْعِ من غير ضَمَانٍ النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغرسِ مُدَّةً ، فَرَجَعَ قَبْلَ انقضاءها ، ويُخَالِفُ الزَّرْعُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ كَانَ إِطْلَاقُ الْعَقْدِ فِي الْغِرَاسِ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ ، فَشَرَطَ الْقَلْعُ (٥٦) يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُفْسِدَهُ . قُلْنَا : إِنَّمَا اقْتَضَى التَّأْيِيدُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْعَادَةَ فِي الْغِرَاسِ التَّيَقُّيَّةُ ، فَإِذَا أُطْلِقَ حُمِلَ عَلَى الْعَادَةِ ، وَإِذَا شَرَطَ خِلَافَهُ ، جَازَ ، كما إذا باعَ بغير نقدِ البَلَدِ ، أو شَرَطَ في الإِجَارَةِ شَرْطاً يُخَالِفُ الْعَادَةَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ رَبَّ الْأَرْضِ يُخَيَّرُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَدْفَعَ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ مَعَ أَرْضِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَقْلَعَ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ ، وَيَضْمَنَ أَرْضَ نَقْصِهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يُقَرَّ الْغِرَاسَ وَالْبِنَاءَ ، وَيَأْخُذَ مِنْهُ أَجْرَ الْجُمْلِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُخَيَّرُ بَيْنَ دَفْعِ قِيَمَتِهِ فَيَمْلِكُهُ ، وَبَيْنَ مُطَالَبَتِهِ بِالْقَلْعِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ ، فَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْغِرَاسَ مِلْكٌ لِعَارِسِهِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ عَنْهُ عَوَضٌ ، وَلَا رَضِيَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ (٥٧) فَلَا يَزُولُ عَنْهُ (٥٨) ، كَسَائِرِ الْغُرْسِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بَيْعِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ لِلْمَالِكِ ، جَازَ . وَإِنْ بَاعَهُمَا

(٥٤) في ب : هـ في « .

(٥٥) تقدم تخريجه في : ٥٥٨/٦ .

(٥٦) سقط من : ب .

(٥٧ - ٥٨) سقط من : م .

صَاحِبُهُمَا لغيرِ مالِكِ الأرضِ ، جازَ ، ومُشْتَرِيَهُمَا يَقُومُ فِيهِمَا مَقَامُ البَائِعِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ ، في أَحَدِ الوجهَيْنِ : ليس له يَبْعُهُمَا لغيرِ مالِكِ الأرضِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ^(٥٨) ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أَنْ لِصَاحِبِ الأرضِ تَمْلِكُهُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ . ولنا ، أَنَّهُ مَمْلُوكٌ لَهُ ، يَجُوزُ بَيْعُهُ لِمَالِكِ الأرضِ ، / فجازَ لغيرِهِ ، كَشَقْصِ مَشْفُوعٍ ، وبهذا يَطْلُ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ لِلشَّافِعِيِّ تَمْلِكَ الشَّقْصِ وَشِرَاءَهُ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ ثَبَاتِيَّةَ الْغَرَسِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أُلْغِيَ الْعَقْدُ سِوَاءَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَطْلُ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الرَّزْعِ الَّذِي لَا يَكْمُلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَهُوَ مُؤَثَّرٌ ، فَأَبْطَلَهُ كَشَرْطِ ثَبَاتِيَّةِ الرَّزْعِ بَعْدَ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ .

٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ ، أَوْ جَعَلَ لَهُ أَجْرًا ، وَشَرَطَ طَعَامَهُ وَكُسُوتَهُ ، فَرُوي عنه^(١) جَوَازُ ذَلِكَ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَرُوي عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ ، وَأَبِي مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّهُمْ اسْتَأْجَرُوا الْأَجْرَاءَ بِطَعَامِهِمْ وَكُسُوتِهِمْ . وَرُوي عَنْهُ أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي الظُّفْرِ^(٢) ^(٣) دُونَ غَيْرِهَا . اخْتَارَهَا الْقَاضِي . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَجْهُولٌ ؛ وَإِنَّمَا جَازَ فِي الظُّفْرِ^(٣) ، لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَرِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤) . فَأَوْجَبَ لَهُنَّ الثَّقَفَةَ وَالْكُسُوتَ عَلَى الرِّضَاعِ ، وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ

(٥٨) في ب ، م : « مالكة » .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) الظفر : الرضعة .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

المُطَلَّقة وغيرها ، بل في الآية قرينةٌ تُدُلُّ على طلاقها^(٥) ؛ لأنَّ الزَّوْجَةَ تَجِبُ نَفَقَتُهَا وَكُسُوتُهَا بِالزَّوْجِيَّةِ وَإِنْ لَمْ تَرْضَعْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٦) . والوارثُ ليس بِزَوْجٍ ، وَلِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ فِي الْحَضَانَةِ وَالرِّضَاعِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ عَوَضُهَا كَذَلِكَ . وَرَوَى عَنْهُ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِحَالٍ ، لَا فِي الظَّرِّ وَلَا فِي غَيْرِهَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو يُونُسَ ، وَبِهِ مُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا كَثِيرًا مُتَبَايِنًا ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا ، وَالْأَجْرُ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا . وَلَنَا : مَا رَوَى ابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ عُثْبَةَ بْنِ النُّدُرِ ، قَالَ : كُنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَرَأَ ﴿ طَسَ ﴾ حَتَّى بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قَالَ : « إِنَّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِي سِنِينَ^(٧) أَوْ عَشْرًا ، عَلَى عِقَّةٍ قَرَجِهِ ، وَطَعَامٍ بَطْنِيهِ^(٨) » . وَشَرَّعَ مَنْ قَبْلُنَا شَرَّعَ لَنَا ، مَا لَمْ يَثْبُتْ نَسْخُهُ . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : كُنْتُ أَجِيرَ ابْنَةَ غَزْوَانَ بِطَعَامٍ بَطْنِي ، وَعُقْبَةٍ رَجُلِي^(٩) ، أَخْطَبْتُ لَهُمْ إِذَا تَزَلُّوا ، وَأَحْدُوا بِهِمْ إِذَا رَكِبُوا^(١٠) . وَلِأَنَّ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ^(١١) فَعَلُوهُ ، فَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ نَكِيرٌ ، فَكَانَ إجماعًا ، وَلِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتَ فِي الظَّرِّ بِالْآيَةِ ، فَيُثْبِتُ فِي غَيْرِهَا بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهُ عَوَضُ مَنْفَعَةٍ ، فَقَامَ الْعُرْفُ فِيهِ مَقَامَ التَّسْمِيَةِ ، كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، وَلِأَنَّ^(١٢) « لِلْكُسُوءِ غَرْفًا^(١٣) » ، وَهِيَ ١٠٢/٥ ظ كُسُوءُ الزَّوْجَاتِ ، وَلِلْإِطْعَامِ غَرْفٌ ، وَهُوَ الْإِطْعَامُ فِي الْكُفَّارَاتِ ، فَجَازَ إِطْلَاقُهُ ، كَنَقْدِ الْبَلَدِ . وَتَحْصُرُ أَبَا حَنِيفَةَ بِأَنَّ مَا كَانَ عَوَضًا فِي الرِّضَاعِ ، جَازَ فِي الْخِدْمَةِ ، كَالْأَثْمَانِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَشَاحَا فِي مِقْدَارِ الطَّعَامِ وَالْكُسُوءِ ، رَجَعَ فِي

(٥) في ب : « فراقها » .

(٦) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٧) في م : « حجج » .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥ .

(٩) أى للنوبة من الركوب .

(١٠) أخرجه ابن ماجه ، في : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « الكسوة » .

القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله . قال أحمد : إذا تشاحى الطعام ، يحكم له بمُد كل يوم . ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففسر ذلك السنة بأنه مُد لكل مسكين . ولأن الإطعام مطلق في الموضعين ، فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر . وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية ؛ لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

فصل : وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة مؤصوفة ، كما يوصف في السلم ، جاز ذلك عند الجميع . وإن لم يشترط طعاماً ولا كسوة ، فنفته وكسوته على نفسه . وكذلك الظئر . قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرت . وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته مؤصوفاً ، جاز ؛ لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط ذراهم معلومة ، ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه . وإن لم يكن مؤصوفاً ، لم يجز ؛ لأن ذلك مجهول ، احتمل فيما إذا^(١٣) شرطه للأجير^(١٢) للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها مع عدم ذلك . ولو استأجر دابة بعلفها ، أو بأجر مسمى وعلفها ، لم يجز ؛ لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا تعلم أحدًا قال بجوازه ، إلا أن يشترطه مؤصوفاً ، فيجوز .

فصل : وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ؛ لأنها عوض ، فلا تسقط بالفتى عنه ، كالذراهم . وإن احتاج لدواء لمرضه ، لم يلزم المستأجر ذلك ؛ لأنه لم يشترط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح . يشترى له الأجير به^(١٤) ما يصلح له^(١٤) ؛ لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه ، فلا يلزم به ، كالزائد في القدر .

(١٣ - ١٣) في الأصل : شرط الأجر .

(١٤) سقط من : م .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ طَعَامَهُ ، فَأَحَبُّ الْأَجِيرِ أَنْ يَسْتَفْضِلَ بَعْضَهُ لِنَفْسِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُؤْجِرُ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ الْوَاجِبِ .، لِيَأْكُلَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَيَفْضُلَ الْبَاقِي ، أَوْ كَانَ فِي تَرْكِهِ لِأَكْلِهِ كُلَّهُ ضَرَرٌ عَلَى الْمُؤْجِرِ ، بِأَنْ يَضْعُفَ عَنِ الْعَمَلِ ، أَوْ يَقِلَّ لَبَنُ الظَّلَرِ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى لَمْ يُمْلِكْهُ إِيَّاهُ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ أَكْلَ قَدْرِ حَاجَتِهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ عَلَى الْمُؤْجِرِ ضَرَرٌ بِتَقْوِيَتِ بَعْضِ / مَالِهِ مِنْ مَنَفَعَتِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْجَمَالِ ١٠٣/٥ وَ إِذَا امْتَنَعَ مِنْ غُلْفِ الْجَمَالِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ قَدْرَ الْوَاجِبِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ ، وَمَلَكَهُ إِيَّاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِي تَفْضِيلِهِ لِبَعْضِهِ ضَرَرٌ بِالْمُؤْجِرِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَا ضَرَرَ عَلَى الْمُؤْجِرِ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ الدَّرَاهِمَ .

فصل : وَإِنْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا ، فَتُهِبَ أَوْ تُلَفَّ قَبْلَ أَكْلِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ عَلَى مَائِدَةٍ لَا يَخْصُهُ فِيهَا بِطَعَامِهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ تَلَفُهُ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ خَصَّهُ بِذَلِكَ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْأَجِيرِ ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيمٌ عَوَضَ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا ، وَقَالَ : بِعُهُ بِكَذَا ، فَمَا أَرَدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . صَحَّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَإِسْحَاقُ . وَكَرِهَهُ النَّحَّيْ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ أَجَرَ مَجْهُولٌ ، يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَطَاءٌ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بِأَسَا أَنْ يُعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَقُولُ : بِعُهُ بِكَذَا وَكَذَا ، فَمَا أَرَدَدَتْ فَهُوَ لَكَ . وَلَا يُعْرِفُ لَهُ فِي عَصَرِهِ مُحَالِفٌ . وَلَا تُنْهَى عَيْنُ تَنْسَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ^(١٥) ، أَشْبَهَ دَفْعَ ^(١٦) مَالِ الْمُضَارَبَةِ ^(١٧) . إِذَا بَتَّ هَذَا ، فَإِنْ بَاعَهُ بِزِيَادَةٍ ، فَهِيَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا أَجْرَةً ، وَإِنْ بَاعَهُ بِالْقَدْرِ الْمُسَمًّى مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ،

(١٥) فِي م : فِيهَا .

(١٦ - ١٧) فِي الْأَصْل : الْمَالُ مُضَارَبَةٌ .

فلا شيء له ؛ لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح . وإن باعه بنقص عنه ، لم يصح البيع ؛ لأنه وكيل مخالف . وإن تعدد رده ، ضمن النقص . وقد قال أحمد : يضمن النقصان مطلقا . وهذا قد مضى مثله في الوكالة . وإن باعه نسيئة ، لم يصح البيع ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي النقد ، لما في النسيئة من ضرر التأخير والخطر بالمال ، ليحصل له نفع الربح . ويفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نساء ؛ لأنه يحصل لرب المال ^(١٧) نفع بما يحصل من الربح في مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لرب المال ^(١٨) في الربح بحال ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو في النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود رب المال الربح ، ولا حظ له فيه ، فلا فائدة له ^(١٩) في النسيئة ^(٢٠) . وقال أحمد ، في رواية الأثرم : ليس له شيء . يعني إذا زاد على العشرة ؛ لأن الإطلاق إنما اقتضى بيعها حالا ، فإذا باع ^(٢١) نسيئة ، فلم يمثل الأمر ، فلم يستحق شيئا .

فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصرم النخل ، بسدس ما يخرج منه ، وهو أحب إلى من المقاطعة . إنما جاز ههنا ؛ لأنه / إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهي أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئا علم جزأه المشاع ، فيكون أجرا معلوما . واختاره أحمد على المقاطعة مع أنها جائزة ؛ لأنه ربما لم يخرج من الزرع ^(٢٢) مثل الذي قاطعه عليه ، وههنا يكون أقل منه ضرورة .

٩٠١ - مسألة : قال : (وكذلك الظئر)

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها . وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٨ - ١٨) في م : فيه .

(١٩) في م : باعها .

(٢٠) في م : الأرض .

وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ اسْتِجَارِ الظَّعِيرِ ، وَهِيَ : الْمُرْضِعَةُ . وَهُوَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى ، فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدَّنَّ عَنْكُمْ فِئَةً ذَاتًا فُجَارًا ﴾ (١) . وَاسْتَرْضَعَ النَّبِيُّ ﷺ لَوْلَدِهِ إِبْرَاهِيمَ (٢) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ فَوْقَ دُعَائِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ فِي الْعَادَةِ إِذَا مَا يَعِيشُ بِالرُّضَاعِ ، وَقَدْ تَعَدَّرَ رِضَاعُهُ مِنْ أُمِّهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالِإِجَارَةِ فِي سَائِرِ الْمَنَافِعِ ، ثُمَّ تَنْظُرُ : فَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا لِلرُّضَاعِ دُونَ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لِلْحَضَانَةِ دُونَ الرُّضَاعِ ، أَوْ لَهَا ، جَازَ . وَإِنْ أَطْلُقَ الْعَقْدَ عَلَى الرُّضَاعِ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِيهِ الْحَضَانَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْبَرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَا تَنَاقَلَا . وَالثَّانِي : تَدْخُلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَفَ جَارٍ بَأَنَّ الْمُرْضِعَةَ تَحْضُنُ الصَّبِيَّ ، فَحَمِلَ الْإِطْلَاقُ عَلَى مَا جَرَى بِهِ الْعَرَفُ وَالْعَادَةُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَا . وَالْحَضَانَةُ : تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ ، وَحِفْظُهُ ، وَجَعْلُهُ فِي سَرِيرِهِ ، وَرَبْطُهُ ، وَدَهْنُهُ ، وَكَحْلُهُ ، وَتَنْظِيفُهُ ، وَغَسْلُ خِرْقَتِهِ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الْحَضَنِ ، وَهُوَ مَا تَحْتَ الْإِبْطِ وَمَا يَلِيهِ . وَسُمِّيَتْ التَّرْبِيَةُ حَضَانَةً تَجُوزًا ، مِنْ حَضَانَةِ الطَّيْرِ لِيَبْضِعَ وَفِرَاحِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا تَحْتَ جَنَاحِهِ ، فَسُمِّيَتْ تَرْبِيَةُ الصَّبِيِّ بِذَلِكَ أَخْذًا مِنْ فِعْلِ الطَّائِرِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لِهَذَا الْعَقْدِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ مُدَّةُ الرُّضَاعِ مَعْلُومَةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَقْدِيرُهُ إِلَّا بِهَا ، فَإِنَّ السَّقَى وَالْعَمَلَ فِيهَا يَخْتَلِفُ . الثَّانِي ، مَعْرِفَةُ الصَّبِيِّ بِالشَّاهِدَةِ ؛ لِأَنَّ الرُّضَاعَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الصَّبِيِّ ، فِي كِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَنَهْمَتِهِ وَقَنَاعَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْرَفُ بِالصِّفَةِ ، كَالرَّاكِبِ . الثَّالِثُ ، مَوْضِعُ الرُّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ ، فَيَشْتَقُّ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهِ ، وَيَسْهَلُ عَلَيْهَا فِي بَيْتِهَا . الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ الْعِوَضِ ، وَكَوْنُهُ مَعْلُومًا ، كَمَا سَبَقَ .

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب رحمته ﷺ للصبيان والعيال ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/١٨٠٨ .

فصل : واختلف في المعقود عليه في الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في فيه ، واللبن^(٣) تبع ، كالصبيغ في إجارة الصباغ ، وماء البئر في الدار ؛ لأن اللبن عين من الأغيان ، فلا يفقد عليه في الإجارة ، كلبن غير آدمي / وقيل : هو اللبن . قال القاضي : هو أشبه ؛ لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لو أرضعته دون أن تخدمه ، استحققت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع ، لم تستحق شيئا ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . فجعل الأجر مربعا على الإرضاع ، فبدل على أنه المعقود عليه . ولأن العقد لو كان على الخدمة ، لما لزمها سقيته لبنها . وأما كونه عينا ، فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمي ، والحاجة إلى إبقائه .

فصل : وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ، ويصلح به ، ولم تكترى مطالبتها بذلك ؛ لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي . ومتى لم ترضعه ،^(٤) وإنما أسفته^(٥) لبن الغنم ، أو أطعمته ، فلا أجر لها ؛ لأنها لم تؤف المعقود عليه ، فأشبهه مالوا أكثرها لخيطة ثوب ، فلم تخطئه . وإن دفعت إلى خادميتها فأرضعته ، فكذلك . وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لها أجرها ؛ لأن رضاعه حصل^(٥) بفعلها . ولنا ، أنها لم ترضعه ، فأشبهه مالو سفته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته . فأنكر المسترضع ، فالقول قولها ؛ لأنها مؤتمنة .

فصل : ويجوز للرجل أن يؤجر أمته ، ومُدبرته ، وأُم ولده ، ومن علق عتقها بصيفة ، والمأذون لها في التجارة ، للإرضاع ؛ لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إيجارها للخدمة . وليس لواحدة منهن إجارة نفسها ؛ لأن نفعها ليس لها . وإن كان لها ولد ،

(٣ - ٣) في م : فمه .

(٤ - ٤) في الأصل : أو سفيه .

(٥) في الأصل ، ب : جعل .

لم تُعْجَزَ إِجَارَتُهَا لِلرَّضَاعِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَبَنُهَا^(٦) فَضَلَ عَنْ رِيَّة^(٧) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَوَلَدِهَا ، وَلَيْسَ لِسَيِّدِهَا إِلَّا مَا فَضَلَ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً ، لَمْ تُعْجَزَ إِجَارَتُهَا لِلذَّكَاءِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمُوتُ حَقُّ الزَّوْجِ ، لَا شَيْعَالِهَا عَنْهُ بِالرَّضَاعِ الصَّبِيِّ وَحَضَانَتِهِ . فَإِنْ أَجَرَهَا لِلرَّضَاعِ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، وَيَكُونُ لِلزَّوْجِ أَنْ يَسْتَمْتِعَ بِهَا فِي حَالِ قَرَاغِهَا مِنَ الرِّضَاعِ وَالْحَضَانَةِ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لِلزَّوْجِ أَنْ يَطْوَها إِلَّا بِرِضَى الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقُصُ اللَّبَنَ ، وَقَدْ يَقْطَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ ، فَلَا يَسْقُطُ لِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ إِجَارَةُ مُكَاتَّبَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا^(٨) ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا تَزْوِيجَهَا ، وَلَا وَطْأَهَا ، وَلَا إِجَارَتَهَا فِي غَيْرِ الرِّضَاعِ . وَلَهَا أَنْ تُزَجَرَ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جِهَاتِ الْاِحْتِسَابِ .

فصل : ويجوز للرجل استئجار أمه^(٩) ، وأخته ، وابنته ، / لرضاع ولده ، ١٠٤/٥ ظ وكذلك سائر أقاربه ، بغير خلاف . وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها ، جاز . هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخرقى فقال : وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثليها ، فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة . وقال القاضي : ليس لها^(١٠) ذلك . وتأول كلام الخرقى على أنها في جبال زوج آخر . وهذا قول أصحاب الرأي . وحكى عن الشافعى ؛ لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض ، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك . ولنا ، أن كل عقد يصح أن تنفذه مع غير الزوج ، يصح أن تنفذه معه ، كالبيع ، ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج ، بدليل أنه لا يملك إيجارها على حضانية ولدها ، ويجوز لها أن

(٦) في ب ، م : فيها .

(٧) في ب ، م : ربه .

(٨) في م : إليها .

(٩) في ب ، م : أمته .

(١٠) في الأصل ، ب : له .

تَأْخُذَ عَلَيْهَا الْعَوَضَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَجَازَ لَهَا أَخْذَهُ ^(١١) مِنْهُ ، كَتَمَنِ مَالِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا اسْتَحَقَّتْ عَوَضَ الْخَبْسِ وَالْاسْتِمْنَاعِ . قُلْنَا : هَذَا غَيْرُ الْحَضَانَةِ ، وَاسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ مِنْ وَجْهِ ، لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقُ مَنْفَعَةٍ سِوَاهَا بِعَوَضٍ آخَرَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا أَوْ لَا تَمْ تَزَوَّجَهَا . وَتَأْوِيلُ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ ، يُخَالِفُ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأَلْفَ وَاللَّامَ فِي الزَّوْجِ لِلْمَعْهُودِ ^(١٢) ، وَهُوَ زَوْجُهَا أَبُو الطُّفْلِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ فِي جِبَالِ زَوْجٍ آخَرَ ، لَا تَكُونُ أَحَقُّ بِهِ ، بَلْ يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، ثُمَّ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَرْضِعَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، فَفَسَدَ التَّأْوِيلُ .

فصل : وَتَنْفِيسُ الْإِجَارَةِ بِمَوْتِ الْمَرْضِعَةِ ؛ لِقَوَاتِ الْمَنْفَعَةِ بِهَلَاكِ مَحَلِّهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ : أَنَّهَا لَا تَنْفَسُخُ ، وَيَجِبُ فِي مَالِهَا أَجْرُ مَنْ تَرْضِعُهُ تَمَامَ الْوَقْتِ ؛ لِأَنَّهُ كَالَّذَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ هَلَكَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ هَلَكَتِ الْبَيْهَمَةُ الْمُسْتَأْجَرَةُ . وَإِنْ مَاتَ الطُّفْلُ انْفُسَخَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِقَامَتَهُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ ، لِاخْتِلَافِ الصَّبِيَّانِ فِي الرِّضَاعِ ، وَاخْتِلَافِ اللَّبَنِ بِاخْتِلَافِهِمْ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَدْرُ عَلَى أَحَدِ الْوَلَدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ . وَهَذَا مَنصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَإِذَا انْفُسَخَ الْعَقْدُ غَقِيْبَهُ ، بَطَلَتْ الْإِجَارَةُ مِنْ أَصْلِهَا ، وَرَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْأَجْرِ كُلِّهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، رَجَعَ بِحِصَّةِ مَا بَقِيَ .

٩٠٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُغَطَّى عِنْدَ الْفِطَامِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، كَمَا جَاءَ فِي الْحَبْرِ ، إِذَا كَانَ الْمُسْتَرْضِعُ مُوسِرًا)

يَعْنِي بِالْحَبْرِ ، مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١٣) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ،

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ تَأْخُذَهُ » .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَعْقُودِ » .

(١٣) فِي : بَابِ فِي الرِّضْعِ عِنْدَ الْفَصَالِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٧٦/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَا يَذْهَبُ مَذْمَةُ الرِّضَاعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الرِّضَاعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٩٨/٥ ، وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ حَقِّ الرِّضَاعِ وَحَرَمَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥٠/٣ .

عن حجاج بن حجاج الأسلمى ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يذهب عني مذمة الرضاع ؟ قال : / « الغرة العبد أو الأمة » . قال الترمذى : هذا حديث حسن^(٢) صحيح . قال ابن الجوزى : المذمة ، بكسر الدال ، من الذم ، وبفتحها من الذم . قال ابن عقيل : إنما خص الرقة بالمجازاة بها دون غيرها ؛ لأن فعلها في^(٣) إرضاعه وحضائته ، سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته ، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقة ، ليناسب ما^(٤) بين النعمة والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمًا ، فقال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾^(٥) . وقال النبي ﷺ : « لَا يَجْزِي وَلَدَ وَالِدَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَعْتِقَهُ »^(٦) . وإن كانت المرضعة مملوكة ، استحب إعتاقها ؛ لأنه يحصل أخص الرقاب بها^(٧) ، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاةً للوالد من النسب .

٩٠٣ - مسألة ، قال : (وَمَنِ اكْتَرَى ذَابَةً إِلَى مَوْضِعٍ^(١) ، فَجَاوَزَهُ ، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ الْمَذْكُورَةُ ، وَأَجْرَةُ الْيَثَلِ لِمَا جَاوَزَهُ ، وَإِنْ تَلِفَتْ فَعَلَيْهِ أَيْضًا قِيمَتُهَا)
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ، وأجر اليثل للزائد . نص عليه أحمد

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب : د من .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النساء ٢٣ .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب فضل عتق الوالد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٨/٢ . وأبو داود ، في : باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٢٨/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في حق الوالدين ، من أبواب البر . عارضة الأخوذى ٩٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب بر الوالدين ، من كتاب الأدب ، سنن ابن ماجه ١٢٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/٢ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .

(٧) في م زيادة : لها .

(١) في الأصل : مكان .

ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك . وروى الأثر ، بإسناده عن أبي الزناد ، أنه ذكر^(١) فقهاء المدينة السبعة ، وقال : ربما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيا ، فكان الذي وعيئ عنهم على هذه الصفة ، أن من أكثرى ذابة إلى بلد ، ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الذابة إن سلمت في ذلك كله ، أدى كراءها وكراء ما بعدها ، وإن تلفت في^(٢) تعديه بها^(٣) ضمنتها ، وأدى كراءها الذي تكارها به . وهذا قول الحكم ، وابن شبرمة ، والشافعي . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا أجر عليه لما زاد ؛ لأن المنافع عندها لا تضمن في العصب . وحكى عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة ، يُخير^(٤) صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي ؛ لأنه متعدي بمسافعتها ، حابس لها عن أسواقها ، فكان لصاحبها تضمينها إياه . ولنا ، أن العين باقية بحالها ، يمكن أخذها ، فلم تجب قيمتها ، كالمو كانت المسافة قريبة . وما ذكره تحكم لا دليل عليه ، ولا نظير له ، فلا يجوز المصير إليه . وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في العصب .

الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به ، سواء تلفت في الزيادة ، أو بعد ردّها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكثرى ، أو لم يكن . وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة ، إذا / تلفت حال التعدي ؛ لما حكينا ١٠٥/٥ **عنه . وقال القاضي : إن كان المكثرى نزل عنها ، وسلمها إلى صاحبها ، ليُمسكها أو يسقيها ، قُلت ، فلا ضمان على المكثرى ، وإن هلك^(٥) والمكثرى راكب عليها ، أو حمله عليها ، فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب : إن كانت يد صاحبها عليها ، احتمل أن يلزم المكثرى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها . وقال**

(٢) في ب ، م زيادة : « عن » .

(٣ - ٣) في م : « تعديها » .

(٤) في الأصل : « خير » .

(٥) في ب : « تلفت » .

أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إن لم يكن صَاحِبُهَا معها ، لَزِمَ الْمُكْتَرَى قِيَمَتُهَا كُلُّهَا ، وإن كان معها قُتِلَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، لم يَضْمَنْهَا الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْدَى . وَإِنْ تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكِيبِ ، فَبِهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ نِصْفُ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ بِجَرَّاحَتِهِ وَجَرَّاحَةِ مَالِكِهَا . وَالثَّانِي ، تُقْسَطُ الْقِيَمَةُ عَلَى الْمَسَافَتَيْنِ ، فَمَا قَابَلَ مَسَافَةَ الْإِجَارَةِ سَقَطَ ، وَوَجَبَ الْبَاقِي . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : ^(٦) مَنْ أَكْثَرَى جَمَلًا لِحِمْلٍ تِسْعَةٍ ، فَحَمَلَ عَشْرَةً ، قُتِلَ ، فَعَلِيَ الْمُكْتَرَى عَشْرُ قِيَمَتِهِ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ فِي لُزُومِ كَمَالِ الْقِيَمَةِ إِذَا كَانَ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، أَوْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا . فَأَمَّا إِذَا تَلَفَتْ حَالَ التَّعْدَى ، وَلَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَ رَاكِبِهَا ، فَلَا خِلَافَ فِي ضَمَانِهَا بِكَمَالِ قِيَمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهَا كَالْمَعْصُومَةِ . وَكَذَلِكَ إِذَا تَلَفَتْ تَحْتَ الرَّكِيبِ ، أَوْ تَحْتَ حِمْلِهِ ، وَصَاحِبُهَا مَعَهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الرَّكِيبِ وَصَاحِبِ الْحِمْلِ ، بِذَلِيلِ أَنَّهُمَا لَوْ تَنَازَعَا دَابَّةً أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا حِمْلٌ ، وَالْآخَرُ آخِذٌ بِزِمَامِهَا ، لَكَانَتْ لِلرَّكِيبِ وَلِصَاحِبِ الْحِمْلِ . وَلِأَنَّ الرَّكِيبَ مُتَعَدٍّ بِالزِّيَادَةِ ، وَسُكُوتُ صَاحِبِهَا لَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ ، كَمَنْ جَلَسَ إِلَى إِنْسَانٍ فَحَرَقَ ثِيَابَهُ وَهُوَ سَاكِتٌ . وَلِأَنَّهَا إِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ تَعْيِهَا ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَعَدَّى ، كَمَنْ أَلْقَى حَجَرًا فِي سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فَعَرَقَهَا . فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِ صَاحِبِهَا بَعْدَ نُزُولِ الرَّكِيبِ عَنْهَا ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ تَلَفَهَا بِسَبَبِ تَعْيِهَا بِالْحِمْلِ وَالسَّيْرِ ، فَهُوَ كَالْوَقْعِ تَحْتَ الْحِمْلِ وَالرَّكِيبِ ، وَإِنْ تَلَفَتْ بِسَبَبِ آخَرَ مِنْ اقْتِرَاسِ سَيْعٍ أَوْ سُقُوطٍ فِي هَوَاةٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ فِي يَدِ عَادِيَةٍ ، وَلَا بِسَبَبِ عُذْوَانٍ . وَقَوْلُهُمْ : تَلَفَتْ ^(٧) بِفِعْلِ مَضْمُونٍ

(٦) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : ١٠ فِي ٤ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : ١٠ فَاتَتْ ، .

وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجرأحتين . يَنْطَلُ بما إذا قُطِعَ السَّارِقُ ، ثم قَطَعَ آخَرُ يَدَهُ عُذْوَانًا ، فماتَ منهما ، وفارَقَ ما ذَكَرْنَا^(٨) إذا جَرَحَ نَفْسَهُ وَجَرَحَهُ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَيْنِ عُذْوَانٌ ، فَقَسَمَ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا .

فصل : ولا يَسْقُطُ الضَّمَانُ بِرُدِّهَا إِلَى الْمَسَافَةِ . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمد / : يَسْقُطُ ، كما لو تَعَدَّى فِي الْوَدِيعَةِ ، ثم رَدَّهَا . ولنا ، أنها يَدُ صَارَتْ^(٩) ضَامِيَةً ، فلا يَزُولُ الضَّمَانُ عَنْهَا إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ ، ولم يُوجَدْ . وما ذَكَرُوهُ فِي الْوَدِيعَةِ لَا تُسَلِّمُهُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا ، أو يُجَدِّدَ لَهُ إِذْنًا .

٩٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَكْثَرَى لِحُمُولَةِ شَيْءٍ ، فَرَادَ عَلَيْهِ)

('وجملة ذلك أن من أكثرى لحمل شيء ، فراد عليه ') ، مثل أن يَكْتَرِيَ بِهَا لِحْمَلٍ قَفِيزَيْنِ ، فَحَمَلَ ثَلَاثَةً ، فَحُكِّمَهُ حُكْمٌ مِّنْ أَكْثَرَى إِلَى مَوْضِعٍ فَجَاوَزَهُ^(١) ، فِي وَجُوبِ الْأَجْرِ الْمُسَمَّى ، وَأَجْرِ الْمِثْلِ لِمَا زَادَ ، وَلِزُومِ الضَّمَانِ إِنْ تَلَفَتْ . هذا قولُ الشافعي . وحكى القاضي أن قول أبي بكرٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ فِي الْجَمِيعِ ، وَأَخَذَهُ مِنْ قَوْلِهِ فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزَرَ عَمَّا شَعِيرًا ، فَرَزَعَهَا حِنْطَةً ، قَالَ : عَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ لِلْجَمِيعِ ، لِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ إِلَى غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، فَرَزَعَ أُخْرَى . فَجَمَعَ الْقَاضِي بَيْنَ مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى وَمَسْأَلَةِ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَالَ : يُنْقَلُ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى ، لَتَسَاوِيَهُمَا فِي أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَتَمَيَّزُ ، فَيَكُونُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ وَجْهَانِ . وَلَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ فَرْقًا ظَاهِرًا ، فَإِنَّ الَّذِي حَصَلَ التَّعَدَّى فِيهِ فِي الْحَمْلِ مُتَمَيِّزٌ عَنِ^(٢) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْقَفِيزُ الرَّائِدُ ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ ، وَلِأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١ - ١) سقط من : ب .

(٢) في م زيادة : « إلى سواه » .

(٣) في ب : « على » .

وَزَادَ ، وَفِي الزَّرْعِ لَمْ يَزَرْعْ مَا وَفَّقَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا عُلِّلَ أَبُو بَكْرٍ بِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْقَوْلُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ ، فَإِنَّهُ قَدْ حَمَلَ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزَادَ عَلَيْهِ ، بَلْ إِنْ حَاقَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِمَا إِذَا اكْتَرَى مَسَافَةً فَرَادَ عَلَيْهَا أَشَدُّ ، وَشَبَّهَهَا بِهَا أَشَدُّ ، وَلِأَنَّهُ فِي مَسْأَلَةِ الْحَمْلِ مُتَعَدِّ بِالزِّيَادَةِ وَحَدِّهَا ، وَفِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ مُتَعَدِّ بِالزَّرْعِ كُلِّهِ ، فَأُشْبِهَ الْغَاصِبَ . فَأَمَّا مَسْأَلَةُ الزَّرْعِ فِيمَا إِذَا اكْتَرَى أَرْضًا لِيَزْرَعَ^(٤) الشَّعِيرَ ، فَزَرْعُ حِنْطَةٍ ، فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، فَقَالَ : يَنْظُرُ مَا يَدْخُلُ عَلَى الْأَرْضِ مِنَ التَّقْصَانِ مَا بَيْنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ ، فَيُعْطَى رَبُّ الْأَرْضِ . فَجَعَلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ كَمَسْأَلَتِي الْخَرْقِيِّ ، فِي إِيْجَابِ الْمُسَمَّى وَأَجْرِ الْمِثْلِ لِلزَّائِدِ^(٥) . وَوَجَّهَهُ أَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَ الشَّعِيرَ ، لَمْ يَتَّعِنْ ، وَلَمْ يَتَّعَلَقِ الْعَقْدُ بِعَيْنِهِ ، كَمَا سَبَقَ ذِكْرُهُ ، وَلِهَذَا قُلْنَا : لَهُ زَرْعٌ مِثْلُهُ ، وَمَا هُوَ دُونُهُ فِي الضَّرَرِ . فَإِذَا زَرَعَ حِنْطَةً ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَزِيَادَةً ، أَشَبَّهَ مَا لَوْ اكْتَرَاهَا إِلَى مَوْضِعٍ فَجَاوَزَهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ . وَعُلِّلَهُ بِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحِنْطَةَ لَيْسَتْ شَعِيرًا وَزِيَادَةً . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً ، غَيْرَ / أَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ مُتَمَيِّزَةً عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . بِخِلَافِ مَسْأَلَتِي الْخَرْقِيِّ . وَقَالَ ١٠٦/٥ ظ الشَّافِعِيُّ : الْمَكْرَى^(٦) يُخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِ الْكِرَاءِ وَمَا تَقَصَّتِ الْأَرْضُ عَمَّا يَنْقُصُهَا الشَّعِيرُ ، وَبَيْنَ أَخْذِ كِرَاءٍ مِثْلِهَا لِلْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ أَخَذَتْ شَبَّهًا مِنْ أَصْلَتَيْنِ ؛ أَحَدَهُمَا ، إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَجَاوَزَ بِهَا الْمَسَافَةَ الْمَشْرُوطَةَ^(٧) ؛ لَكُونِهِ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزِيَادَةً . وَالثَّانِي ، إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا فَزَرَعَ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّهُ زَرَعَ مُتَعَدِّيًا ، فَلِهَذَا خَيَّرَهُ بَيْنَهُمَا ، وَلِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ يَقْتَضِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْحُكْمَيْنِ ، وَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ لَهُ أَوْفَرُهُمَا . وَقَوْضُ اخْتِيَارِهِ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ ، كَقَتْلِ الْعَمِيدِ . وَمَنْ نَصَرَ أَبَا بَكْرٍ ،

(٤) فِي ب ، م : الزَّرْعُ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : الزَّائِدُ .

(٦) فِي ب ، م : الْمَكْرَى .

(٧) فِي الْأَصْلِ : الْمَشْرُوطَةُ .

قال : هذا مُتَعَدُّ بِالزَّرْعِ كُلُّهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ أَجْرُ الْبَيْتِلِ ، كَالْغَاصِبِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ رَبُّ الْأَرْضِ مَنَعَهُ مِنْ زَرْعِهِ ، وَيَمْلِكُ أَخْذَهُ بِتَفَقُّهٍ إِذَا زَرَعَهُ . وَيُفَارِقُ مَنْ زَادَ عَلَى حَقِّهِ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ بِالْجَمِيعِ ، إِنَّمَا تَعْدَى بِالزِّيَادَةِ وَحْدَهَا ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْمُكْرَى مَنَعَهُ مِنَ الْجَمِيعِ ، وَنَظِيرُ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، مَنْ أَكْثَرَى غُرْفَةً لِيَجْعَلَ فِيهَا أَقْفَرَةً حِنْطَةً ، فَتَرَكَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَمَنْ أَكْثَرَاهَا لِيَجْعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنَ الْقُطْنِ ، فَجَعَلَ فِيهَا قِنْطَارًا مِنْ حديد ، فَفَى الْأَوَّلَى ، لَهُ الْمُسَمَّى وَأَجْرُ الزِّيَادَةِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ يُخْرِجُ فِيهَا مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا قُلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ . وَحُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ الَّذِي يَزْرَعُ أَضْرَّ مِمَّا أَكْثَرَى لَهُ ، حُكْمُ الْغَاصِبِ ، لِرَبِّ الْأَرْضِ مَنَعَهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ ، لِمَا يَلْحَقُهُ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنْ زَرَعَ ، قَرَّبَ الْأَرْضَ مُخَيَّرَ بَيْنَ تَرْكِ الزَّرْعِ بِالْأَجْرِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ وَدَفْعِ التَّفَقُّعِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَخَذَ الْمُسْتَأْجِرُ زَرْعَهُ ، فَلَهُ الْأَجْرَةُ لَا غَيْرَ ، عَلَى مَا ذَكَّرْنَا فِي بَابِ الْعَصَبِ .

فصل : وَإِنْ أَكْثَرَى ذَابَةً إِلَى مَسَافَةٍ ، فَسَلَّكَ أَشَقَّ مِنْهَا ، فَهِيَ مِثْلُ مَسْأَلَةِ الزَّرْعِ ، يُخْرِجُ فِيهَا وَجْهَانِ ، قِيَاسُ الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى وَزِيَادَةً ، لَكُونَ الْمَسَافَةُ لَا تَتَعَيَّنُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ لَهُ أَجْرَ الْبَيْتِلِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، وَلِأَنَّهُ مُتَعَدُّ بِالْجَمِيعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِرَبِّ الدَّابَّةِ مَنَعَهُ مِنْ سُلُوكِ تِلْكَ الطَّرِيقِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ مَنْ سَلَّكَ تِلْكَ ^(٨) الطَّرِيقَ وَجَاوَزَ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَمْنَعُهُ الزِّيَادَةُ لَا غَيْرَ . وَإِنْ أَكْثَرَى لِحِمْلِ قُطْنٍ فَحَمَلَ بِوِزْنِهِ حَدِيدًا ، أَوْ لِحِمْلِ حَدِيدٍ فَحَمَلَ قُطْنًا ، فَعَلَيْهِ ^(٩) أَجْرُ الْبَيْتِلِ هُنَا ؛ لِأَنَّ ضَرَرَ أَحَدِهِمَا مُخَالِفٌ لِضَرَرِ الْآخَرِ ^(١٠) ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ كَوْنُ الْمَحْمُولِ مُشْتَمِلًا عَلَى الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ وَزِيَادَةِ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَهَا مِنَ الْمَسَائِلِ . وَسَائِرُ مَسَائِلِ الْعُدْوَانِ فِي الْإِجَارَةِ يُقَاسُ عَلَى مَا ذَكَّرْنَا مِنَ الْمَسَائِلِ مَا كَانَ مُتَمَيِّزًا ، / وَمَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَيِّزًا فَتَلَحَّقَ كُلُّ مَسْأَلَةٍ بِنَظِيرَتِهَا .

و ١٠٧/٥

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في م : « فالصحيح أن عليه » .

(١٠) في م : « الأرض » .

فصل: إذا أكرأه لِحَمَلٍ قَفِيزَيْنِ ، فَحَمَلُهُمَا ، فَوَجَدَهُمَا ثَلَاثَةً ، فَإِنْ كَانَ الْمُكْتَرَى تَوَلَّى الْكَيْلَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُكْرَى بِذَلِكَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ أَكْتَرَى لِحَمُولَةٍ شَيْءٍ فَرَادَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُكْرَى تَوَلَّى كَيْلَهُ وَتَعَيَّنَتْهُ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُكْتَرَى بِذَلِكَ ^(١١) ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، لَا أَجْرَ لَهُ فِي حَمْلِ الزَّائِدِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ذَابْتَهُ ، فَلَا ضَمَانَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ بَعْدَ وَاوٍ صَاحِبِهَا ، وَحُكْمُهُ فِي ضَمَانِ الطَّعَامِ ، حُكْمُ مَنْ غَصَبَ طَعَامَ غَيْرِهِ . وَإِنْ تَوَلَّى ذَلِكَ أَجْنَبِيٌّ ، وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُكْرَى وَالْمُكْتَرَى ، فَهُوَ مُتَعَدٌّ عَلَيْهِمَا ، يَلْزُمُهُ لِصَاحِبِ الدَّابَّةِ الْأَجْرُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ ، وَيَلْزُمُهُ لِصَاحِبِ الطَّعَامِ ضَمَانُ طَعَامِهِ ، وَسَوَاءٌ كَالَهُ أَحَدُهُمَا وَوَضَعَهُ الْآخَرُ عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ ، أَوْ كَانَ الَّذِي كَالَهُ وَعَبَّأَهُ وَضَعَهُ عَلَى ظَهْرِهَا .

وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : إِذَا كَالَهُ الْمُكْتَرَى وَوَضَعَهُ الْمُكْرَى عَلَى ظَهْرِ الْبَهِيمَةِ ، لَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَى مُقَرَّطٌ فِي حَمْلِهِ . وَلَنَا ، أَنْ التَّذْلِيلَ ^(١٢) مِنَ الْمُكْتَرَى ، إِذْ أَخْبَرَهُ بِكَيْلِهَا عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ بِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ أَجْنَبِيًّا بِتَحْمِيلِهَا . فَأَمَّا إِنْ كَالَهَا الْمُكْتَرَى ، وَرَفَعَهَا الْمُكْرَى عَلَى الدَّابَّةِ .

عَالِمًا بِكَيْلِهَا ، لَمْ يَضْمَنْ الْمُكْتَرَى ذَابْتَهُ إِذَا تَلَفَتْ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَذْلِيلٍ وَلَا تَغْرِيرٍ . وَهَلْ لَهُ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكْتَرَى لَمْ يَجْعَلْ لَهُ عَلَى ذَلِكَ أَجْرًا . وَالثَّانِي ، لَهُ أَجْرُ الزَّائِدِ ، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى حَمْلِهِ عَلَى سَبِيلِ الْإِجَارَةِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْمُعَاطَاةِ فِي الْبَيْعِ وَدُخُولِهِ ^(١٣) الْحَمَامَ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ أَجْرٍ ^(١٤) . وَإِنْ كَالَهُ الْمُكْرَى ، وَحَمَلَهُ الْمُكْتَرَى عَلَى الدَّابَّةِ عَالِمًا بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِحَمْلِهِ عَلَيْهَا ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْقَفِيزِ الزَّائِدِ . وَإِنْ أَمَرَهُ بِحَمْلِهِ عَلَيْهَا ، فَقِيَ وَجُوبِ الْأَجْرِ وَجْهَانِ ، كَمَا لَوْ حَمَلَهُ الْمُكْرَى عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَ بِهِ كَانَ ذَلِكَ كِفْعَلِهِ ،

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) في الأصل ، م زيادة : : ليس .

(١٣) في الأصل : : ودخول .

(١٤) في ب ، م : : أجره .

وإن كآله أخذهُما وَحَمَلَهُ أُجْنَبِيٌّ بِأَمْرِهِ ، فهو كالو حَمَلَهُ الذى كآله ، وإن كان بأمرٍ الآخر ، فهو كالو حَمَلَهُ الآخر ، وإن حَمَلَهُ بغيرِ أمرِهما ، فهو كالو كآله ثم حَمَلَهُ .

٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْثُرَ مُدَّةُ ^(١) غَزَايِهِ)

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : قد عُرِفَ وَجْهُ ذَلِكَ ، وأرجو أن يكون حَقِيقًا . ولنا ، أن هذه إِجَارَةٌ ، في مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٌ مَجْهُولٌ ، فلم يَجُزْ ، كالو أكثرها ^(٢) لِمُدَّةِ سَفَرِهِ في تِجَارَتِهِ ، ولأنَّ مُدَّةَ الْغَزَاةِ تَطُولُ وَتَقْصُرُ ، وَلَا حَدَّ لَهَا / تُعْرَفُ بِهِ ، وَالْعَمَلُ فِيهَا يَقِلُّ وَيَكْثُرُ ، ونهاية سَفَرِهِمْ تَقْرُبُ وَتَبْعُدُ ، فلم يَجُزِ التَّقْدِيرُ بِهَا ، كغَيْرِهَا من الْأَسْفَارِ الْمَجْهُولَةِ . فإن فَعَلَ ذَلِكَ ، فله أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى عَوْضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، لِفَسَادِ الْعَقْدِ ، فَوَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ ، كسائرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ .

١٠٧/٥ ط

٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ سَمِيَ لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَجَائِزٌ)

وجملته أن من ائْتَرَى فَرَسًا مُدَّةَ غَزْوِهِ ، كُلَّ يَوْمٍ يَذَرُهُمْ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحَدٍ صِحَّتُهُ . وقال الشافعي : هذا فاسِدٌ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أن عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسَهُ كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمَرَةٍ ^(١) ، وكذلك الْأَنْصَارِيُّ ^(٢) ، ولم يَنْكِرْهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلِأَنَّ كُلَّ يَوْمٍ مَعْلُومٌ مُدَّتُهُ وَأَجْرُهُ ، فَصَحَّ ، كالو قال : أَجَرْتُكَهَا شَهْرًا ، كُلَّ يَوْمٍ يَذَرُهُمْ . أو قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَقِلَّ هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلَّ قَفِيزٍ يَذَرُهُمْ . ولا بُدَّ من تَقْيِينِ مَا يَسْتَأْجَرُ لَهُ ، إمَّا لِرُكُوبٍ ، أَوْ حَمَلٍ مَعْلُومٍ . وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ الْمُسَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ ، سواءَ كانت مُقِيَمَةً أَوْ سَائِرَةً ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ ذَهَبَتْ فِي مُدَّتِهِ ^(٣) ، فَاشْتَبَهَ

(١) في الأصل : د لدة .

(٢) في ب ، م : د أكرها .

(١) تقدم تخريجه في ٢٠٨/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٣) في الأصل : د مدة .

مالوا كَثْرَى دَارًا ، فَأَغْلَقَهَا وَلَمْ يَسْكُنْهَا . وَإِنْ أَجَرَ نَفْسَهُ لِسَقْيَى نَحْلٍ ، كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، أَوْ بَقْلَسٍ ، أَوْ أَجَرَ مَعْلُومٍ ، جَازَ ؛ لِلاَثَرِ الْوَارِدِ فِيهِ . وَلِأَنَّ كُلَّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ لَهُ عَوَضٌ مَعْلُومٌ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ سُمِّيَ دِلَاءً مَعْرُوفَةً . وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الدَّلْوِ وَالْبِقْرِ وَمَا يَسْتَقِي ^(٤) بِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ يَخْتَلِفُ بِهِ .

فصل : وَنَقَلَ أَبُو الْحَارِثِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ ذَابَّةً ، فِي عَشْرَةِ أَيَّامٍ ، بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ ، فَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْهُ ، فِي مَنْ أَكْثَرَى ذَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى جَدَّةَ بِكَذَا ، فَإِنْ ذَهَبَ إِلَى عَرَافَاتٍ بِكَذَا ، فَلَا بَأْسَ . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ عَنْهُ ، لَوْ قَالَ : أَكْرَيْتُكُمَا ^(٥) بِعَشْرَةٍ . فَمَا حَبَسَهَا فَعَلَيْهِ كُلُّ ^(٦) يَوْمٍ عَشْرَةٌ . وَهَذِهِ الرُّوَايَاتُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّهُ مَتَى قَدَّرَ لِكُلِّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ أَجْرًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . وَتَأَوَّلَ ^(٧) الْقَاضِي هَذَا كُلَّهُ ، عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْأَوَّلِ وَيُفْسَدُ فِي الثَّانِي ؛ لِأَنَّ مُدَّتَهُ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَقْفَرَةٍ ، بِدِرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حُسْبَانِ ^(٨) ذَلِكَ . وَالظَّاهِرُ خِلَافُ هَذَا ؛ فَإِنَّ قَوْلَهُ : فَهُوَ جَائِزٌ . عَادَ إِلَى جَمِيعِ مَا ذَكَرَ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : لَا بَأْسَ . وَلِأَنَّ لِكُلِّ عَمَلٍ عَوَضًا مَعْلُومًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اسْتَقَى لَهُ كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَقَدْ ثَبَتَ الْأَصْلُ بِالْخَيْرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، وَمَسْأَلَةُ الصَّبْرَةِ لَا نَصَّ فِيهَا عَنِ الْإِمَامِ ، وَقِيَاسُ نَصُوصِهِ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ ^(٩) سُلِّمَ فَسَادُهَا ، فَلِأَنَّ الْقُفْرَانَ الَّتِي شَرَطَ حَمْلَهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ / بِتَعْيِينٍ وَلَا صِفَةٍ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ لِجَهَالَتِهَا ، بِخِلَافِ الْأَيَّامِ ، فَإِنَّهَا مَعْلُومَةٌ .

١٠٨/٥ و

(٤) ف ب ، م : « يَسْتَقِي » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْرَيْتُهَا » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي كُلِّ » .

(٧) ف ب ، م : « وَتَأَوَّلَ » .

(٨) ف ب ، م : « فِي حُسْبَانِ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « وَلِإِنَّ » .

فصل : وإن قال : إن خطبت هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك نصف درهم . فعن أحمد فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يصح ، وله أجر المثل . نقلها أبو الحارث ، عن أحمد . وهذا مذهب مالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، لأنه عقد واحد ، اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ، فلم يصح ، كالوقال : بعثك نقدا بدينار أو بدينارين نسيئة . والثانية ، يصح . وهو قول الحارث العملي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنه سمي لكل عمل عوضا معلوما ، فصح ، كالوقال : كل دلو بتمر . وقال أبو حنيفة : إن خطاه اليوم فله درهم ، وإن خطاه غدا لا يزاد على (١٠) درهم ، ولا ينقص عن نصف درهم ؛ لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم ، فلا ينقص منه ، وهو قد رضي في أكثر العملين بدينار ، فلا يزاد عنه . وهذا لا يصح ؛ لأنه إن صح العقد فله المسمى ، وإن فسد فوجوده كالعدم ، ويجب أجر المثل ، كسائر العقود الفاسدة .

فصل : وإن قال : إن خطته روميا فلك درهم ، وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم . ففيها وجهان ، بناء على التي قبلها . والخلاف فيها كالتي قبلها ؛ (١١) لأن (١٢) أبا حنيفة وافق صاحبه (١٣) في الصحة ههنا . ولنا ، أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض ، فلم يصح . كالوقال : بعثك هذا بدينار ، أو هذا بدينارين . وفارق هذا كل دلو بتمر ، من وجهين ؛ أحدهما ، أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الأول ، ولكل واحد منهما عوض مقدّر ، فأشبهه ما لو قال : بعثك هذه الصبرة ، كل قمير بدينار . وههنا الخياطة واحدة ، شرط فيها عوضا إن وجدت على صفة ، وعوضا آخر إن وجدت على أخرى ، فأشبهه ما لو باع بعشرة صحاح ، أو (١٣) أخذ عشرة (١٤) مكسرة . والثاني ، أنه وقف الإجارة على شرط ، بقوله : إن خطته كذا فلك

(١٠) في الأصل : عن .

(١١ - ١٢) في ب ، م : لأن .

(١٢) في ب ، م : صاحبه .

(١٣ - ١٤) في ب ، م : إحدى عشرة .

كذا ، وإن حطّته كذا فلك كذا . بخلاف قوله : كلّ ذلّو بتمرة .

فصل : ونقلُ مُهنّا ، عن أحمد في من استأجر من حمال إلى مصر^(١٤) بأربعين ديناراً ، فإن نزل دمشق فكرأوه ثلاثون ، فإن نزل الرقة فكرأوه عشرون . فقال : إذا اكترى إلى الرقة بعشرين ، واكترى إلى دمشق بعشرة ، واكترى إلى مصر بعشرة ، جاز ، ولم يكن للحمال أن يرجع . فظاهر/ هذا ، أنه لم يحكم بصحة العقد الأول ؛ ١٠٨/٥ ظ
لأنه في معنى بيعتين في بيعه ، لكونه خيرهُ بين ثلاثة عقود . ويخرج فيه أن يصحّ ، بناءً على المسألتين قبل هذا . ونقل البرزاطي^(١٥) ، عن أحمد ، في رجل استأجر رجلاً يحمله كتاباً إلى الكوفة ، وقال : إن أوصلت^(١٦) الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون ، وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة . فالإجارة فاسدة ، وله أجر مثله . وهذا مثل الذي قبله . ونقل عبد الله ، في من اكترى دابةً ، وقال : إن ردّتها غداً فكرأوها عشرة ، وإن ردّتها اليوم فكرأوها خمسة . فلا بأس . وهذه الرواية تُدلل على صحة الإجارة ، والظاهر عن أحمد ، في رواية الجماعة ، فيما ذكرنا ، فسأد العقد ، وهو قياس بيعتين في بيعه . والله أعلم .

فصل : في مسائل الصبرة ، وفيها عشر مسائل ، أحدها ، قال : استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة . فالإجارة صحيحة ، بغير خلاف نعلمه ؛ لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة التي يجوز بيعها بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كما لو علم كيلها^(١٧) . الثانية ، قال : استأجرتك لتحملها لي^(١٨) كل قفيز بدينارهم . فيصح أيضاً . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصح في قفيز ، ويطل فيما زاد . ومثني

(١٤) في الأصل : « ديار مصر » .

(١٥) نسبة إلى برزاط ، قال السمعاني : وظني أنها من قرى بغداد . ولعله محمد بن أحمد البرزاطي ، من أهل بغداد . انظر الأنساب ١٤٦/٢ .

(١٦) في ب ، م : « وصلت » .

(١٧) في الأصل : « حملها » .

(١٨) سقط من : ب .

الخِلَافِ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . الثَّالِثَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَهَا لِي قَفِيرٌ ^(١٩) بِدِرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . فَيَجُوزُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : كُلُّ قَفِيرٍ بِدِرْهَمٍ . وَكَذَلِكَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى إِزَادَةِ حَمْلِ جَمِيعِهَا ، كَقَوْلِهِ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرٌ بِدِرْهَمٍ ، وَسَائِرُهَا أَوْ بَاقِيهَا بِحِسَابِ ذَلِكَ . أَوْ قَالَ : وَمَا زَادَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ بِهِ بَاقِيهَا كُلَّهُ ، إِذَا فُهِمَ ذَلِكَ مِنَ اللَّفْظِ ، لِذَلِكَ عِنْدَهُمَا عَلَيْهِ ، أَوْ لِقَرِينَةٍ صُرِفَتْ إِلَيْهِ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرٌ بِدِرْهَمٍ ، وَمَا زَادَ فِي حِسَابِ ذَلِكَ . يُرِيدُ مَهْمَا حَمَلَتْ مِنْ بَاقِيهَا . فَلَا يَصِحُّ ذِكْرُهُ الْقَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بَعْضُهَا ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى كُلِّ ذَلْوٍ بِتَمَرَةٍ . الْخَامِسَةُ ، قَالَ : لِتَنْقُلَ لِي مِنْهَا كُلُّ قَفِيرٍ بِدِرْهَمٍ . فَهِيَ كَالرَّابِعَةِ سِوَاءً . السَّادِسَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ مِنْهَا قَفِيرٌ بِدِرْهَمٍ ، عَلَى أَنْ تَحْمِلَ الْبَاقِيَ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى يَبْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ لِتَحْمِلَ لِي كُلُّ قَفِيرٍ مِنْهَا ^(٢٠) بِدِرْهَمٍ . السَّابِعَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ ، كُلُّ قَفِيرٍ بِدِرْهَمٍ ، وَتَنْقُلَ لِي صَبْرَةً أُخْرَى فِي الْبَيْتِ بِحِسَابِ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الصَّبْرَةَ الَّتِي فِي الْبَيْتِ بِالْمُشَاهَدَةِ ، صَحَّ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالصَّبْرَةِ الْوَاحِدَةِ ، وَإِنْ جَهِلَهَا أَحَدُهُمَا ، صَحَّ فِي الْأُولَى وَبَطَلَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ أَخَذَهُمَا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَالثَّانِي عَلَى مَجْهُولٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَعْلُومِ ، وَبَطَلَ فِي الْمَجْهُولِ . كَمَا لَوْ قَالَ : يَبْتَكَ عَبْدِي هَذَا بَعَشْرَةَ ، وَعَبْدِي الَّذِي فِي الْبَيْتِ بَعَشْرَةَ . الثَّامِنَةُ ، قَالَ : لِتَحْمِلَ لِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ وَالتِّي فِي الْبَيْتِ بَعَشْرَةَ . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الَّتِي فِي الْبَيْتِ ، صَحَّ فِيهَا ، وَإِنْ جَهِلَهَا ، بَطَلَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ، بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ، عَلَى مَعْلُومٍ وَمَجْهُولٍ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . فَإِنْ كَانَا يَعْلَمَانِ الَّتِي فِي الْبَيْتِ ، لَكُنَّهَا مَعْصُوبَةٌ ، أَوْ امْتَنَعَ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ فِيهَا لِإِمْنَعِ اخْتَصَّ بِهَا ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهَا . وَفِي صِحَّتِهِ

و ١٠٩/٥

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « كُلُّ قَفِيرٍ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢١) في الأخرى (٢٢) وجهان ، بناءً على تفریق الصفقة ، إلا أنهما إن كانت قفراً فهما معلومة ، أو قدّر أحدهما معلوماً من الأخرى ، فالأولى صحته ؛ لأن قسماً الأجر فيها معلوم ، وإن لم يكن كذلك ، فالأولى بطلانه ؛ لجهالة العوض فيها . التاسعة ، قال : لتحمل لي هذه الصبرة ، وهي عشرة أفيز ، بدرهم ، فإن زادت على ذلك ، فالزائد بحساب ذلك . صح في العشرة ؛ لأنها معلومة ، ولم يصح في الزيادة ؛ لأنها مشكوك فيها ، ولا يجوز العقد على ما يشك فيه . العاشرة ، قال : لتحمل لي (٢٣) هذه الصبرة ، كل قفيز بدرهم ، فإن قدم لي طعام فحملته ، فيحسب ذلك . صح أيضاً في الصبرة ، وفسد في الزيادة ؛ لما ذكرناه .

٩٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اخْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَرَ الْجَمَالَ الرَّائِيْنَ ، وَالْمَحَامِلَ ، وَالْأَغْطِيَةَ ، وَالْأَوْطَةَ ، لَمْ يَجْزِ الْكِرَاءُ)

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ (١) . ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة . وروى عن ابن عباس ، في قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ (٢) : أن تحج وتكرى . ونحوه عن ابن عمر ، ولأن الناس حاجة إلى السفر ، وقد فرض الله تعالى عليهم الحج ، وأخبر أنهم يأتون رجالاً (٣) وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق . وليس لكل أحد بهيمة يملكها ، ولا يقدر على معاناتها ، والقيام بها ، والشد عليها ، فدعت الحاجة إلى استعجارها ، فجاز ، دفعاً للحاجة . إذا ثبت هذا ، فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقداً عليه ؛ لأنه عقد معاوضة

(٢١ - ٢٢) في ب : وفي الأخرى . وفي م : وفي صحة الأخرى .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة النحل ٨ .

(٢) سورة البقرة ١٩٨ .

(٣) في الأصل زيادة : وركبانا .

مَحْضَةٍ ، فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْمَعْرِفَةُ لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . فَأَمَّا الْجَمَلُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الرَّائِيَيْنِ / ، وَالْآلَةِ الَّتِي يَرَكُبُونَ فِيهَا ، مِنْ مَحْمِلٍ أَوْ مَحَارَةٍ^(٤) وَغَيْرِهَا ، وَإِنْ كَانَ مُقْبَلًا^(٥) ذَكَرَهُ ، وَهَلْ يَكُونُ مُعْطًى أَوْ مَكْشُوفًا ، فَإِنْ كَانَ مُعْطًى اخْتِيجَ إِلَى مَعْرِفَةِ الْغِطَاءِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْوِطَاءِ الَّذِي يُوطَأُ بِهِ الْمَحْمِلُ ، وَالْمَعَالِيْقُ الَّتِي مَعَهُ مِنْ قُرْبَةٍ وَسَطِيحَةٍ وَسُفْرَةٍ وَنَحْوِهَا ، وَذَكَرَ سَائِرَ مَا يَحْمِلُ مَعَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، إِلَّا أَنَّ الشَّافِعِيَّ قَالَ : يَجُوزُ إِطْلَاقُ غِطَاءِ الْمَحْمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . وَحُكِيَ عَنْهُ فِي الْمَعَالِيْقِ قَوْلُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا ، وَتَحْمِلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُ الرَّائِيَيْنِ ؛ لِأَنَّ أَجْسَامَ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ فِي الْغَالِبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : فِي الْمَحْمِلِ رَجُلَانِ ، وَمَا يُصْلِحُهُمَا مِنَ الْوِطَاءِ وَالذُّثْرِ . جَازَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، فَحِمْلُ عَلَى الْعَادَةِ ، كَالْمَعَالِيْقِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي غِطَاءِ الْمَحْمِلِ كَقَوْلِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ وَيَتَبَايَنُ كَثِيرًا ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالطَّعَامِ الَّذِي يَحْمِلُ^(٦) مَعَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ أَجْسَامُ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مِنْهُمْ الْكَبِيرَ وَالصَّغِيرَ ، وَالطَّوِيلَ وَالْقَصِيرَ ، وَالسَّيْمَانَ وَالْهَرِيْلَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ، وَيَخْتَلِفُونَ بِذَلِكَ ، وَيَتَبَايَنُونَ كَثِيرًا ، وَيَتَفَاوَتُونَ أَيْضًا فِي الْمَعَالِيْقِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ يُكْثِرُ الرَّادَّ وَالْحَوَائِجَ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالْيَسِيرِ ، وَلَا عُرْفَ لَهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِ ، فَاشْتَرَطْتُ مَعْرِفَتَهُ ، كَالْمَحْمِلِ وَالْأَوْطَافَةِ . وَكَذَلِكَ غِطَاءُ الْمَحْمِلِ ، مِنَ النَّاسِ مَنْ يَخْتَارُ الْوَاسِعَ الثَّقِيلَ الَّذِي يَشْتَدُّ عَلَى الْحِمْلِ فِي الْهَوَاءِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْنَعُ بِالضَّيِّقِ^(٧) الْخَفِيفِ ، فَتَجِبَ مَعْرِفَتُهُ ، كَسَائِرِ مَا ذَكَرْنَا . وَأَمَّا الْمُسْتَأْجَرُ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الدَّائِيَةِ الَّتِي يَرْكَبُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرْضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، وَتَخْصُلُ بِأَحَدٍ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، فَيَكْتَفِي بِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْلَى طَرُقِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَحْتَاجُ

(٤) المحارة : شبه المودج .

(٥) المقبل : شبه مخللة يجعل فيها الصائد ما يصيد .

(٦) في الأصل : « يحمل » .

(٧) سقط من : الأصل .

إلى مَعْرِفَةِ صِفَةِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، كَالرَّهْوَالِ^(٨) وَغَيْرِهِ ، فَإِذَا أُنْجِرَتْهُ فَيَعْلَمَ ذَلِكَ بِرُؤْيَيْهِ ، وَإِذَا أُنْصِفَهُ ، وَإِذَا أُنْصِفَهُ ، فَإِذَا أُجِدَتْ اِخْتَفَى بِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ ضَبْطَهُ بِالصِّفَةِ ، فَجَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِذَا اسْتَأْجَرَ بِالصِّفَةِ لِلرُّكُوبِ ، اِخْتِاجٌ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ ، فَيَقُولُ : رُبْلٌ ، أَوْ خَيْلٌ ، أَوْ بَعَالٌ ، أَوْ حَمِيرٌ . وَالتَّوَعُّفُ يَقُولُ : بُحْتِيٌّ ، أَوْ عَرَبِيٌّ . وَفِي الْخَيْلِ : عَرَبِيٌّ أَوْ بَرْذُونٌ . وَفِي الْحَمِيرِ : مِصْرِيٌّ أَوْ شَامِيٌّ . وَإِنْ كَانَ فِي التَّوَعُّفِ مَا يَخْتَلِفُ ، كَالْمُهْمَلِجِ^(٩) مِنَ الْخَيْلِ / ، وَالْقَطُوفِ^(١٠) ، اِخْتِيجُ إِلَى ذِكْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الذَّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُنْثَى أَسْهَلُ وَالذَّكَرُ أَقْوَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يَسِيرٌ ، وَمَتَى كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ الْجِنْسِ وَلَا التَّوَعُّفِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الَّذِي يُحْمَلُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ مَكَّةَ إِنَّمَا هُوَ الْجِمَالُ الْعَرَابُ ، دُونَ الْبَحَائِثِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ ، أَوْ طَرِيقَ لَا يَكُونُ السَّيْرُ فِيهِ إِلَى اِخْتِيَارِ الْمُتَكَارِبِينَ ، فَلَا وَجْهَ لِيَذْكُرَ تَقْدِيرَ السَّيْرِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ إِلَيْهِمَا ، وَلَا مَقْدُورٌ عَلَيْهِ لهما . وَإِنْ كَانَ فِي طَرِيقِ السَّيْرِ فِيهِ إِلَيْهِمَا ، اسْتَحَبَّ ذِكْرُ قَدْرِ السَّيْرِ فِي كُلِّ يَوْمٍ . فَإِنْ أَطْلَقَ وَلِلطَّرِيقِ^(١١) مَنَازِلَ مَعْرُوفَةً ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْعُرْفِ . وَمَتَى اِخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، وَفِي مِيقَاتِ السَّيْرِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا ، أَوْ فِي مَوْضِعِ الْمَنْزِلِ ، إِمَّا فِي دَاخِلِ الْبَلَدِ ، أَوْ خَارِجٍ مِنْهُ ، حُمِلَا عَلَى الْعُرْفِ ، كَمَا لَوْ أَطْلَقَا الثَّمَنَ فِي بَلَدٍ فِيهِ تَقْدَرُ مَعْرُوفٌ . وَإِنْ

(٨) الرهوال ، بالكردية : البرذون إذا كان لين الظهر في السير . الألفاظ الفارسية المعربة ، لأدى شير ٧٤ .

(٩) المهملج : ما ذلل ولسلس قياده من الدواب .

(١٠) القطوف : التي تسيء السير وتبطئ .

(١١) في الأصل : والطريق .

لم يَكُنْ لِلطَّرِيقِ عُرْفٌ ، وَأُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ، كَالْوَأْدِ الْقَامِ فِي بَلَدٍ لَا عُرْفَ فِيهِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ / لَوْ كَانَ شَرْطًا لَمَا صَحَّ الْعَقْدُ بِوُجُودِهِ فِي الطَّرِيقِ الْمَخُوفِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِتَقْدِيرِ السَّيْرِ فِي طَرِيقٍ ، وَمَتَى اخْتَلَفَا ، رُجِعَ إِلَى الْعُرْفِ فِي غَيْرِ تِلْكَ الطَّرِيقِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَطَ حَمْلُ زَادٍ مُقَدَّرٍ ، كَأَنَّهُ رَطْلٌ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ يُبْدَلُ مِنْهَا مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ ذَلِكَ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّ مَا نَقَصَ بِالْأَكْلِ لَا يُبْدَلُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِبْدَالُهُ . فَإِنْ ذَهَبَ بِغَيْرِ الْأَكْلِ ، كَسَرْقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ ، فَهُوَ إِبْدَالُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ فِي شَرْطِهِ . وَإِنْ أُطْلِقَ الْعَقْدُ ، فَهُوَ إِبْدَالُ مَا ذَهَبَ بِسَرْقَةٍ أَوْ سُقُوطٍ أَوْ أَكَلٍ غَيْرِ مُعْتَادٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَإِنْ نَقَصَ بِالْأَكْلِ الْمُعْتَادِ ، فَهُوَ إِبْدَالُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ حَمْلُ مِقْدَارٍ مَعْلُومٍ ، فَمَلَأَ إِبْدَالُ مَا نَقَصَ مِنْهُ ، كَالْوَقْفِ بِسَرْقَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْدَالَهُ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ بِأَنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ ، فَلَا يُبْدَلُ ، فَحَمْلُ الْعَقْدِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى الْعُرْفِ ، وَصَارَ كَالْمُصَرَّحِ بِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْقِيَاسُ أَنَّ لَهُ إِبْدَالَهُ . وَلَوْ قِيلَ : لَيْسَ لَهُ إِبْدَالُهُ . كَانَ مَذْهَبًا ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الزَّادَ لَا يَنْقُصُ جَمِيعَ الْمَسَافَةِ ، وَلِذَلِكَ يَقُولُ أَجْرُهُ عَنْ أَجْرِ الْمَتَاعِ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرَى جَمَلًا لِيَحْجَّ عَلَيْهِ ، فَهُوَ الرُّكُوبُ عَلَيْهِ إِلَى مَكَّةَ ، وَمِنْ مَكَّةَ إِلَى عَرَفَةَ ، وَالخُرُوجُ عَلَيْهِ إِلَى مِنًى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ / إِلَى مِنًى ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ التَّحَلُّلِ مِنَ الْحَجِّ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحَجِّ وَتَوَابِعِهِ ، وَلِذَلِكَ وَجِبَ عَلَى مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، فَدَخَلَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٢) . وَمِنْ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ فَقَطْ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّكُوبُ إِلَى الْحَجِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْكِرَاءَ إِلَى مَكَّةَ عِبَارَةٌ عَنِ الْكِرَاءِ لِلْحَجِّ ، لِكَوْنِهَا لَا يَكْتَرَى إِلَيْهَا إِلَّا لِلْحَجِّ غَالِبًا ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمُكْتَرَى لِلْحَجِّ .

فصل : فيما يلزم المُكْرَى والمُكْتَرَى للرُّكُوب ، يلزم المُكْرَى كُلُّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ أَنْ يُوطَأَ بِهِ الْمَرْكُوبُ لِلرَّاكِبِ ، مِنَ الْحَدَاجَةِ^(١٣) لِلْجَمَلِ ، وَالْقَتَبِ ، وَالزَّامِ الَّذِي يُقَادُّ بِهِ الْبَعِيرُ ، وَالْبُرَّةُ الَّتِي فِي أَثْفِ الْبَعِيرِ ، إِنْ كَانَتْ الْعَادَةُ جَارِيَةً بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ قَرَسًا ، فَالْمَجَامُ وَالسَّرَجُ . وَإِنْ كَانَ بَغْلًا أَوْ جَمَارًا فَالْبَرْدَعَةُ وَالْإِكَافُ ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعَرْفُ ، فَحُمِلَ الْإِطْلَاقُ عَلَيْهِ . وَعَلَى الْمُكْتَرَى مَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، كَالْمَحْمِلِ ، وَالْمَحَارَةِ ، وَالْحَبْلِ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ بَيْنَ الْمَحْمِلَيْنِ أَوِ الْمَحَارَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْمَحْمِلِ ، وَالْوِطَاءِ الَّذِي يُشَدُّ فَوْقَ الْحَدَاجَةِ تَحْتَ الْمَحْمِلِ^(١٤) . وَعَلَى الْمُكْرَى رَفْعُ الْمَحْمِلِ^(١٥) ، وَحَطُّهُ ، وَشُدُّهُ^(١٥) عَلَى الْجَمَلِ ، وَرَفْعُ الْأَحْمَالِ وَشُدُّهَا وَحَطُّهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعَرْفُ ، وَبِهِ يُتَمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ . / وَيَلْزَمُهُ الْقَائِدُ وَالسَّائِقُ ، هَذَا إِذَا كَانَ الْكِرَاءُ عَلَى أَنْ يَذْهَبَ مَعَ الْمُكْتَرَى ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ يَسَلَّمَ الرَّايِبُ الْبَهِيمَةَ يَرْكَبُهَا لِنَفْسِهِ ، فَكُلُّ ذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي عَلَى الْمُكْرَى تَسْلِيمُ الْبَهِيمَةِ ، وَقَدْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ^(١٦) . فَأَمَّا الدَّلِيلُ فَهُوَ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ خَارِجٌ عَنِ الْبَهِيمَةِ الْمُكْتَرَاةِ وَالْيَهِمَا ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَالزَّادِ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ أَكْثَرَى مِنْهُ بَهِيمَةً بَعَيْنَهَا ، فَأَجْرَةُ الدَّلِيلِ عَلَى الْمُكْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي عَلَيْهِ أَنْ يُسَلَّمَ الظَّهَرُ ، وَقَدْ سَلَّمَهُ ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى حِمْلِهِ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ فِي الذَّمَّةِ ، فَهُوَ عَلَى الْمُكْرَى ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةٍ يُصَالِهِ إِلَيْهِ ، وَتُخَصِّلُهُ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الرَّايِبُ^(١٧) مَعْنً لَا يَقْدِرُ عَلَى الرُّكُوبِ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، كَالْمَرْأَةِ وَالشَّيْخِ وَالضَّعِيفِ وَالسَّيِّمِ وَشَبِهِهِمْ ، فَعَلَى الْجَمَالِ أَنْ يُتْرِكَ الْجَمَلَ لِلرُّكُوبِ وَتُزُولَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَمَكَّنُ مِنَ الرُّكُوبِ وَالتَّزْوِيلِ إِلَّا بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعْنً يُمَكِّنُهُ الرُّكُوبُ وَالتَّزْوِيلُ وَالْبَعِيرُ قَائِمٌ ، لَمْ يَلْزَمْ الْجَمَالُ أَنْ يُتْرِكَ^(١٨) لَهُ الْجَمَلَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاءَ

(١٣) الحداجة : مركب للنساء ، كالحففة .

(١٤) فِي ب ، م : هُوَ الْحَمْلُ هـ .

(١٥) - (١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ،

(١٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

المَعْقُودُ عليه بِذَوْنِ هذه الكُلْفَةِ . وإن كان قَوِيًّا حَالَ الْعَقْدِ ، فَضَعُفَ في أَثْنائِهِ ، أَوْ ضَعِيفًا فَقَوِيَ ، فَلَا غَيْبَارَ بِحَالِ الرُّكُوبِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ اقْتَضَى رُكُوبَهُ بِحَسَبِ الْعَادَةِ . وَيَلْزَمُ الْجَمَالَ أَنْ يَقِفَ الْبَعِيرُ لِيَنْتَزِلَ لِصَلَاةِ الْفَرِيضَةِ ، وَقَضَاءِ حَاجَةِ الْإِنْسَانِ ، وَطَهَارَتِهِ ، وَيَدْعُ الْبَعِيرَ وَأَقْفًا حَتَّى يَقْعَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ فِعْلُ شَيْءٍ مِنْ هَذَا عَلَى ظَهْرِ الْبَعِيرِ ، وَمَا أُمَكِّنُهُ فِعْلُهُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَصَلَاةِ النَّافِلَةِ مِنَ السَّنَنِ وَغَيْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَبْرِكَ لَهُ ، وَلَا / يَقِفَ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكْتَرَى إِثْمَامَ الصَّلَاةِ ، وَطَالِبَهُ الْجَمَالَ يَقْصُرُهَا ، لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ بَلْ تَكُونُ خَفِيفَةً فِي تِمَامِ . وَمِنْ أَكْثَرَى بَعِيرًا لِإِنْسَانٍ يَرْكَبُهُ لِنَفْسِهِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّى لَهُ بِمَا عَقَدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا أَكْثَرَى ظَهَرَ فِي طَرِيقِ الْعَادَةِ فِيهِ التَّزَوُّلُ وَالْمَشْيُ عِنْدَ اقْتِرَابِ الْمَنْزِلِ ، وَالْمُكْتَرَى امْرَأَةً أَوْ ضَعِيفًا ، لَمْ يَلْزَمُهُ التَّزَوُّلُ ؛ لِأَنَّهُ أَكْثَرَهُ جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، وَلَمْ تَجْرِ لَهُ عَادَةٌ بِالْمَشْيِ ، فَلَزِمَ حَمْلُهُ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، كَالْمَتَاعِ . ^(١٩) وَإِنْ كَانَ جَلْدًا قَوِيًّا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ التَّزَوُّلُ ^(١٩) أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى ^(١٩) جَمِيعِ الطَّرِيقِ ^(١٩) ، فَلَا يَلْزَمُهُ تَرْكُهُ فِي بَعْضِهَا كَالضَّعِيفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ ، وَالْمُتَعَارَفُ كَالْمَشْرُوطِ .

فصل : وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَّالُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، أَوْ قَبْلَ الدُّخُولِ فِيهَا ، لَمْ يَخُلْ مِنْ حَالَتِهِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَهْرَبَ بِجَمَالِهِ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمُسْتَأْجِرَ حَاكِمًا ، أَوْ وَجَدَ حَاكِمًا وَلَمْ يُمَكِّنْ إِبْثَاتَ الْحَالِ عِنْدَهُ ، أَوْ أُمَكَّنَ الْإِبْثَاتَ عِنْدَهُ وَلَا يَخْصُلُ لَهُ مَا يَكْتَرِي بِهِ مَا يَسْتَوْفِي حَقَّهُ مِنْهُ ، فَلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ قَبْضُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرَى ، أَوْ انْقَطَعَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ . فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، وَكَانَ الْجَمَّالُ قَدْ قَبِضَ الْأَجْرَ ، كَانَ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْمُقَامَ عَلَى

العقد ، وكانت الإجازة على عمل في الذمة ، فله ذلك ، ومتى قدر على الجمال طأله به ، / وإن كان العقد على مدة انقضت في هـ ربه ، انفسخ العقد بذلك . وإن أمكنه إثبات ١١٢/٥ ط الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معين ، لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمال ما لا أكثرى به له^(٢٠) ، وإن لم يجد له مالا ، وأمكنه أن يقترض على الجمال من بيت المال ، أو من غيره ما يكثرى له به ، فعَل ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكثرى ليكثرى لنفسه به ، جاز^(٢١) في ظاهر كلام أحمد . وإن اقترض عليه من المكثرى ما يكثرى^(٢٢) به ، جاز^(٢٣) ، وصار ديناً في ذمة الجمال . وإن كان العقد على معين ، لم يجز إبداله ، ولا اكتراء غيره ؛ لأن العقد تعلق بعينه ، فيتخير المكثرى بين الفسخ أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطأله بالعمل . الحال الثاني ، إذا هرب الجمال ، وترك جماله ، فإن المكثرى يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمال مالا ، استأجر به من يقوم مقام الجمال في الإنفاق على الجمال ، والشد عليها ، وحفظها وفعل ما يلزم الجمال فعله ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلة عن الكراء ، باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه ، اقترض عليه الحاكم ، كما قلنا . وإن أذن من المكثرى وأنفق ، جاز . وإن أذن للمكثرى في الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمال ، جاز ؛ لأنه في^(٢٤) موضع حاجة . وإذا رجع الجمال ، واختلفا فيما أنفق ، نظرنا ؛ فإن كان الحاكم قدّر له ما يتفق ، قبل قوله في قدر^(٢٥) ذلك ، وما زاد لا يحتسب له^(٢٦) به ، وإن لم يقدر له ، قبل قوله في قدر الثقة بالمعروف ؛ لأنه / أمين ، ١١٣/٥ و

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) - (٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٢) في الأصل : هـ يكثرى .

(٢٣) سقط من : الأصل ، م .

(٢٤) سقط من : م .

وما زاد لا يرجع به ؛ لأنه مُتَطَوِّعٌ به . وإذا وَصَلَ الْمُكْتَرَى ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَفَعَلَ مَا يَرَى الْحَظُّ فِيهِ ، مِنْ تَبِعِ الْجَمَالِ ، فَيُؤْتِي عَنْ الْجَمَالِ مَا لَزِمَهُ مِنَ الدِّينِ لِلْمُكْتَرَى أَوْ لغيرِهِ ، وَيَحْفَظُ بَاقِيَ الثَّمَنِ لَهُ . وَإِنْ رَأَى تَبِعَ بَعْضُهَا ، وَحَفَظَ بَاقِيَهَا ، وَالْإِتِّفَاقُ عَلَى الْبَاقِي مِنْ ثَمَنِ مَا بَاعَ ، جَازٌ . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاسِبًا ، أَوْ عَجَزَ عَنْ اسْتِذْنَائِهِ ، فَلَهُ أَنْ يُتَّفَقَ عَلَيْهَا ، وَيُقِيمَ مُقَامَ الْجَمَالِ فِيهَا يَلْزِمُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مُتَبَرِّعًا بِهِ ^(٢٥) ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرَّجُوعَ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، رَجَعَ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ حَالٌ ضَرُورَةٌ . وَهَذَا أَحَدُ الرَّجْعَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ ، وَنَوَى الرَّجُوعَ ، فَفِي الرَّجُوعِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَرْكَ الْجَمَالِ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهَا لَا بُدَّ لَهَا مِنْ نَقْفَةٍ ، إِذْ فِي الْإِتِّفَاقِ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لَأَنَّهُ يُثَبِّتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَى غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يُشْهَدُهُ فَأُتِفِقَ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ . وَفِي نَاسِ الْمَذْهَبِ أَنْ لَهُ الرَّجُوعُ ؛ لِقَوْلِنَا : يَرْجِعُ بِمَا أُتِفِقَ عَلَى الْآيِقِ ، وَعَلَى عِيَالِ الْغَائِبِ وَزَوْجَاتِهِ ، وَالذَّائِيَةِ الْمَرْهُونَةِ . وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى اسْتِذْنَانِ الْحَاكِمِ ، فَأُتِفِقَ مِنْ غَيْرِ اسْتِذْنَائِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ ، فَفِي رُجُوعِهِ وَجْهَانِ أَيْضًا . وَحُكْمُ مَوْتِ الْجَمَالِ ، حُكْمُ هَرَبِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مَذْهَبُ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْمَوْتَ لَا يَقْضِيهِ إِلَّا جَارَةٌ ، وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَهَا ، وَلَا يُسْرِفَ فِي عُلْفِهَا ، وَلَا يَقْصُرَ ، وَيَرْجِعَ بِذَلِكَ فِي مَالِ الْمُتَوَفَّى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ مَا يُتَّفَقُهُ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ / يَبِيعَ مِنْهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِذَا مَا يَجُوزُ مِنَ الْمَالِكِ ، أَوْ مِنْ نَائِبِهِ ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ .

ظ ١١٣/٥

فصل : قال أصحابنا : يَصِحُّ كِرَاءُ الْعُقْبَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَمَعْنَاهَا : الرُّكُوبُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ ، يَرْكَبُ شَيْئًا وَيَمْشِي شَيْئًا ؛ لَأَنَّهُ إِذَا جَازَ أَكْثَرَ أَوَّاهَا فِي الْجَمِيعِ ، جَازَ أَكْثَرَ أَوَّاهَا فِي الْبَعْضِ . وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهَا مَعْلُومَةً ، إِمَّا أَنْ يُقَدَّرَ بِهَا بِقَرَأَسَخٍ مَعْلُومَةٍ ، وَإِمَّا بِالرَّمَانِ ، مِثْلَ أَنْ يَرْكَبَ لَيْلًا وَيَمْشِيَ نَهَارًا ، وَيُعْتَبَرُ فِي هَذَا زَمَانُ السَّيْرِ دُونَ زَمَانِ التَّوَلُّلِ . وَإِنْ ائْتَفَقَ عَلَى أَنْ يَرْكَبَ يَوْمًا وَيَمْشِيَ يَوْمًا ، جَازٌ . فَإِنْ أَكْثَرَ عُقْبَةً ، وَأَطْلَقَ ، احْتَمَلَ أَنْ يَجُوزَ ، وَيَحْتَمِلُ عَلَى الْعُرْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ

(٢٥) سقط من : ب ، م .

ذلك يَحْتَلِفُ ، وليس له ضابطٌ ، فيكون مَجْهُولًا . وإن اتَّفَقَا على أن يَرْكَبَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، ^(٢٦) وَيَمْشِي ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ^(٢٦) ، أو مازادَ وَتَقْصَصَ ، جازَ . وإن اِخْتَلَفَا ، لم يُجْبَرْ الْمُتَتَبِعُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ الْمَاشِي لِدَوَامِ الْمَشْيِ عَلَيْهِ ، وَعَلَى الْجَمَلِ لِدَوَامِ الرُّكُوبِ عَلَيْهِ ، وَلَأنَّهُ إِذَا رَكِبَ بَعْدَ شِدَّةٍ ^(٢٧) تَعَبِهِ كَانَ أَثْقَلَ عَلَى الْبَعِيرِ . وَإِنْ أَكْثَرَى اثْنَانِ جَمَلًا يَرْكَبَانِهِ عُقْبَةً وَعُقْبَةً ، جازَ ، وَيَكُونُ كِرَاؤُهُمَا طَوْلَ الطَّرِيقِ ، وَالِاسْتِيفَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا يَتَّفَقَانِ عَلَيْهِ ^(٢٨) . وَإِنْ تَشَاخَا ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَرَأْسُخٌ مَعْلُومَةٌ ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا اللَّيْلُ وَالْآخَرِ النَّهَارُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ عُرْفٍ رُجْعٌ إِلَيْهِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْبَادِي مِنْهُمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ كِرَاؤُهُمَا ، إِلَّا أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى رُكُوبِ مَعْلُومٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَجْهُولٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدَانِ عَلَى أَنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدًا مُعَيَّنًا ^(٢٨) مِنْهُمَا .

٩٠٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ رَأَى الرَّائِيَيْنِ ، أَوْ وَصَفَا لَهُ ، وَذَكَرَ الْبَاقِيَ بِأَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ ، فَجَائِزٌ)

وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الرائيين ، إذا وصفهما بما يختلفان به ، في الطول والقصر ، والهزال والسمن ، والصحة والمرض ، والصغر والكبر ، ^{١١٤/٥} والدكورية والأنوثة ، والباقي يكفي فيه ذكر الوزن . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بد من معرفة الرائيين بالرؤية ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَلِفُ بِثِقَلِهِ وَخِفَتِهِ ، وَسُكُونِهِ وَخَرَكَتِهِ ، وَلَا يَنْضَبِطُ بِالْوَصْفِ ، فَيَجِبُ تَعْيِينُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُمْ فِي الْمَحْمِلِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ لَا تَكْفِي فِيهِ الصِّفَةُ ، وَيَجِبُ تَعْيِينُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ مُضَافٌ إِلَى حَيَوَانٍ ، فَاتَكْفِي فِيهِ بِالصِّفَةِ ، كَالْبَيْعِ ، وَكَالْمَرْكُوبِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَلَأنَّهُ

(٢٦ - ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ب : ١ : مدة .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ب .

لو لم يُكْتَفَ فيه^(١) بالصِّفَةِ ، لَمَا جَازَ لِلرَّاكِبِ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ مُقَامَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْلَمُ كَوْنَهُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الصِّفَاتِ ، فَمَا لَا تَأْتِي عَلَيْهِ الصِّفَاتُ لَا يَعْلَمُ التَّسَاوِيَّ فِيهِ ، وَلِأَنَّ الوَصْفَ يُكْتَفَى بِهِ فِي الْبَيْعِ ، فَانْكَفَى بِهِ فِي الْإِجَارَةِ ، كَالرُّوْيَةِ ، وَالتَّفَاوُثُ بَعْدَ ذِكْرِ الصِّفَاتِ الظَّاهِرَةِ يَسِيرٌ تَجَرِي الْمُسَامَحَةُ فِيهِ ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ .

فصل : ويجوزُ اخْتِرَاءُ الْإِبِلِ وَالذَّوَابِّ لِلْحُمُولَةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَنَحْمِلُ أَنْثَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغِيَةِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ ﴾^(٢) . وَالْحُمُولَةُ بِالضَّمِّ : الْأَحْمَالُ . وَالْحُمُولَةُ بِالْفَتْحِ : الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ الْأَنْعَامِ حُمُولَةٌ وَفَرَشًا ﴾^(٣) الْحُمُولَةُ : الْكِبَارُ . وَالْفَرَشُ : الصِّغَارُ . وَقِيلَ : الْحُمُولَةُ : الْإِبِلُ . وَالْفَرَشُ : الْعَتَمُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُحْمَلُ . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُمُولَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ حَمْلَ الْمَتَاعِ ، دُونَ مَا يُحْمَلُهُ ، بِخِلَافِ الرُّكُوبِ ، فَإِنَّ لِلرَّاكِبِ^(٤) غَرَضًا فِي الْمَرْكُوبِ ، مِنْ سُهُولَتِهِ^(٥) وَحِمَالَتِهِ وَسُرْعَتِهِ^(٦) . وَإِنْ اتَّفَقَ وَجُودُ غَرَضٍ فِي الْحُمُولَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَحْمُولُ شَيْئًا يَضُرُّهُ كَثَرَةُ الْحَرَكَةِ ، كَالْفَاكِهَةِ وَالزُّجَاجِ ، أَوْ كَوْنِ الطَّرِيقِ مَمَّا يَعْسرُ عَلَى بَعْضِهَا دُونَ بَعْضٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُذَكَّرَ فِي / الْإِجَارَةِ . وَأَمَّا الْأَحْمَالُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْهَا ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَفَاوُثُ كَثِيرًا ، وَيَخْتَلِفُ^(٧) الْغَرَضُ بِهِ . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ تُحْمَلَ مَا شَاءَ ، بَطَلَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ الْوَفَاءَ بِهِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَقْتُلُ الْبَهِيمَةَ . وَإِنْ قَالَ : لِتَحْمِيلِ^(٨) عَلَيْهَا طَاقَتَهَا . لَمْ يَجْزُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ضَابِطَ لَهُ . وَتَحْصُلُ الْمَعْرِفَةُ بِطَرِيقَيْنِ : الْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّهَا^(٩)

١١٤/٥ ظ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النحل ٧ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٢ .

(٤) في ب ، م : « المركب » .

(٥ - ٥) في م : « وحالة سرعته » .

(٦) في الأصل ، ب : « ويحمل » .

(٧) في ب ، م : « احتمل » .

(٨) في م زيادة : « من » .

أَعْلَى طَرُقِ الْعِلْمِ ، وَالصِّفَةُ . وَيُشْتَرَطُ فِي الصِّفَةِ مَعْرِفَةُ شَيْئَيْنِ : الْقَدْرُ وَالْجِنْسُ ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ يَخْتَلِفُ تَعَبُّ الْبَهِيمَةِ بِاخْتِلَافِهِ ، مَعَ التَّسَاوِي فِي الْقَدْرِ ، فَإِنَّ الْقَطْنَ يَضُرُّ بِهَا مِنْ وَجْهِ ، وَهُوَ أَنَّهُ يَنْتَفِخُ عَلَى الْبَهِيمَةِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الرِّيحُ فَيَقْتُلُ ، وَمِثْلُهُ مِنَ الْحَدِيدِ يُؤْذِي مِنْ «جِهَةٍ أُخْرَى» ، وَهُوَ أَنَّهُ يَجْتَمِعُ عَلَى مَوْضِعٍ مِنَ الْبَهِيمَةِ ، فربما عَقَرَهَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِهِ . وَأَمَّا الظُّرُوفُ ، فَإِنَّ دَخَلَ فِي الْوَزْنِ ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذِكْرِهَا ، وَإِنْ لَمْ تُوزَنْ ، فَإِنْ كَانَتْ ظُرُوفًا مَعْرُوفَةً ، لَا تَخْتَلِفُ ، كَقَرَائِرِ الصُّوفِ وَالشَّعْرِ وَغَوَاهَا ، جَازَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا^(٩) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ؛ لِأَنَّهَا قَلَمًا تَتَفَاوَتْ تَفَاوُتًا كَثِيرًا فَتَسْمِيَّتُهَا تَكْفِي ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْتَلِفُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهَا بِالتَّعْيِينِ أَوْ الصِّفَةِ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَكْرَيْتُكُمَا لِتَحْمِيلِ عَلَيْهَا ثَلَاثِمِائَةَ رَاطِلٍ مِمَّا شِئْتُ . جَازَ ، وَمَلَكَ ذَلِكَ ، لَكِنْ^(١٠) لَا يُحْمَلُهُ جَمَلًا يَضُرُّ بِالْحَيَوَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ أَرَادَ حَمْلَ حَدِيدٍ أَوْ زَنْبِقٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يَفْرُقَهُ عَلَى ظَهْرِ الْحَيَوَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْ ظَهْرِهِ ، وَلَا يَجْعَلُهُ فِي وَعَاءٍ يَتَمَوَّجُ فِيهِ ، فَيَكُذُّ الْبَهِيمَةَ وَيَتَبَعُهَا . وَإِنْ اكْتَرَى ظَهْرًا لِلْحَمَلِ مَوْصُوفًا بِجِنْسٍ ، فَأَرَادَ حَمْلَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَكَانَ الطَّالِبُ لَذَلِكَ الْمُسْتَأْجِرِ ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبُ بِمَا لَمْ يَقْضَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ طَلَبَ الْمُؤْجِرُ ، وَكَانَ يُفَوِّتُ بِهِ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ الاسْتِعْجَالُ فِي السَّيْرِ ، أَوْ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ عَنِ الْقَافِلَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحَيْلُ أَوْ الْبِقَالُ / ، أَوْ يَكُونَ غَرَضُهُ سُكُونُ الْحُمُولَةِ^(١١) لِكُونَ الْحُمُولَةِ مِمَّا يَضُرُّهَا الْهَزُّ ، أَوْ قُوَّتُهَا وَصَبْرُهَا لِطَوِيلِ الطَّرِيقِ وَثِقَلِ الْحُمُولَةِ فَيُعَيَّنُ الْإِبِلُ ، لَمْ يَجْزِ الْعُدُولُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ غَرَضَ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَمَا فِي الْمَرْكُوبِ . وَإِنْ لَمْ يُفَوِّتْ غَرَضًا ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ لِمَنْ اكْتَرَى عَلَى حَمَلِ شَيْءٍ حَمْلَ مِثْلِهِ ، أَوْ أَقْلَ ضَرَرًا مِنْهُ .

(٩ - ٩) فِي ب : « وَجْهٌ آخَرٌ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١١) فِي ب : « لَكِنَّهُ » .

(١٢) فِي م : « الْحَمْلُ » .

فصل : ويجوز كِرَاءُ الدَّابَّةِ لِلْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهَا مُنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، خُلِقَتْ الدَّابَّةُ لَهَا ، فَجَازَ الْكِرَاءُ لَهَا ، كَالزُّكُوبِ . وَإِنْ اكْتَرَى بَقَرًا لِلْحَرْثِ ، جَازَ ؛ ^(١٣) لِأَنَّ الْبَقَرَ خُلِقَتْ لِلْحَرْثِ ^(١٣) ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « بَيْنَمَا رَجُلٌ يَسْئَلُ بَقَرَةً ، أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا ، فَقَالَتْ : إِنِّي لَمْ أُخْلَقْ لِهَذَا ، إِنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » . متفق عليه ^(١٤) . وَيَخْتِاجُ ^(١٥) شَرْطَيْنِ : مَعْرِفَةَ الْأَرْضِ ، وَتَقْدِيرَ الْعَمَلِ ، فَأَمَّا الْأَرْضُ فَلَا تُعْرَفُ إِلَّا بِالْمُشَاهَدَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ ، فَتَكُونُ صُلْبَةً تَتْعَبُ الْبَقَرَ وَالْحَرَاثَ ، وَقَدْ يَكُونُ فِيهَا حِجَارَةٌ تَتَعَلَّقُ بِالسَّكَّةِ ، وَتَكُونُ رَخْوَةً سَهْلَةً يَسْهُلُ حَرْثُهَا ، وَلَا تَأْتِي الصِّفَةُ عَلَيْهَا ، فَيَخْتِاجُ إِلَى رُؤْيَيْهَا . وَأَمَّا تَقْدِيرُ الْعَمَلِ ، فَيَجُوزُ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ أَمَّا بِالْمُدَّةِ ، كَيَوْمٍ وَيَوْمَيْنِ ، وَأَمَّا بِالْأَرْضِ ، كَهَذِهِ الْقِطْعَةِ ، أَوْ مِنْ هَذَا الْمَكَانِ إِلَى هَذَا الْمَكَانِ ، أَوْ بِالْمِسَاحَةِ ، كَمَدَى أَوْ مَدَيْنِ ^(١٦) ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، كُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ يَحْصُلُ بِهِ . فَإِنْ قَدَّرَهُ بِالْمُدَّةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْبَقَرِ الَّتِي يَعْمَلُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ . وَيجوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْبَقَرَ مُفْرَدَةً لِيَتَوَلَّى رَبُّ الْأَرْضِ الْحَرْثَ بِهَا . وَيجوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ هَامَعَ صَاحِبِهَا لِيَتَوَلَّى الْحَرْثَ بِهَا . وَيجوزُ اسْتِئْجَارُهَا بِآلَتِهَا مِنَ الْفَدَّانِ وَالتَّيْرِ ، وَاسْتِئْجَارُهَا بِثَوْنِ آلَتِهَا ، وَتَكُونُ الْآلَةُ مِنْ عِنْدِ صَاحِبِ الْأَرْضِ . وَيجوزُ اسْتِئْجَارُ الْبَقَرِ وَغَيْرِهَا لِدِرَاسِ / الزُّرْعِ ؛ لِأَنَّهَا مُنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ مَقْصُودَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ الْحَرْثَ . ١١٥/٥ ظ

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب استعمال البقر للحراثة ، من كتاب المزارعة ، وفي : باب حدثنا أبو الهيثم ، أخبرنا شعيب ... من كتاب الأضياء ، وفي : باب قول النبي ﷺ لو كنت متخذًا خليلاً ... من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخاري ١٣٦/٣ ، ٢١٢/٤ ، ٦/٥ ، ٧ . ومسلم ، في : باب من فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٥٧/٤ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب حدثنا عبد بن حميد ... من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٤٠/١٣ .

(١٥) في م زيادة : « إلى » .

(١٦) الملقى : متبى البصر وغايته .

ويجوزُ على مُدَّةٍ أو زرعٍ مُعيَّن ، أو مَوْصُوفٍ ، كما ذَكَرناهُ في الحَرْثِ . ومتى كان على مُدَّةٍ ، احتِيجَ إلى مَعْرِفَةٍ ^(١٧) الحَيَوَانِ الذي يَعمَلُ عليه لِيَعْرِفَ قُوَّتَهُ أو ضَعْفَهُ ، وإن كان على عَمَلٍ غير مُقَدَّرٍ بِالمُدَّةِ احتِجَاجٌ إلى مَعْرِفَةٍ ^(١٨) جِنْسِ الحَيَوَانِ ؛ لأنَّ القَرَضَ يَختَلِفُ به ، فَمَنه ما رَوَّثَهُ طَاهِرٌ ، وَمَنه ما رَوَّثَهُ ^(١٩) نَجِسٌ ، ولا يَحتاجُ إلى مَعْرِفَةٍ عَنِ الحَيَوَانِ . ويجوزُ أن يَستَاجِرَ الحَيَوَانُ بِآلَتِهِ ، وبغيرِ آلَتِهِ ، مع صاحِبِهِ ، ومُتَفَرِّدًا عَنه . كما ذَكَرنا في الحَرْثِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ بَهِيمَةٍ لِإِدارَةِ الرِّحَى ، وَيَقْتَرَأُ شَيْئَيْنِ ؛ مَعْرِفَةُ الحَجَرِ ، إمَّا بِمُشَاهَدَةٍ ، وإمَّا بِصِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُ ؛ لأنَّ عَمَلَ البَهِيمَةِ يَختَلِفُ فِيهِ بِقِيَلِهِ وَخِفَّتِهِ ، فَيَحتاجُ صَاحِبُهَا ^(٢٠) إلى مَعْرِفَتِهِ . وَتَقْدِيرُ العَمَلِ ، إمَّا بِالزَّمَانِ ، فيقول : يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ . أو بِالطَّعَامِ فيقول : قَفِيرًا أو قَفِيرَيْنِ . وَيَذَكُرُ جِنْسَ المَطْحُونِ إن كان يَختَلِفُ ؛ لأنَّ مِنه ما يَسْهُلُ طَحْنُهُ ، وَمِنه ما يَصْغُبُ . وكذلك إن اكْتَرَاهَا لِإِدارَةِ دُولَابٍ ، فلا بُدَّ مِن مُشَاهَدَتِهِ ، وَمُشَاهَدَةِ دُولَابِهِ ، لِإِختِلَافِهَا ، وَتَقْدِيرُ ذَلِكَ بِالزَّمَانِ ، أو مَلَأَ هَذَا الحَوْضَ ، أو هَذِهِ البِرْكَةَ . وكذلك إن اكْتَرَاهَا لِلإِسْقَاءِ بالغَرْبِ ، فلا بُدَّ مِن مَعْرِفَتِهِ ؛ لأنَّهُ يَختَلِفُ بِكِبَرِهِ وَصِغَرِهِ ، وَيُقَدَّرُ بِالزَّمَانِ ، أو بِعَدَدِ الغُرُوبِ ، أو بِمَلَأَ بِرْكَةً أو حَوْضًا . ولا يَجوزُ تَقْدِيرُ ذَلِكَ بِسَقْيِ أَرْضٍ ؛ لأنَّ ذَلِكَ يَختَلِفُ ، فَقَدْ تَكُونُ الأَرْضُ عَطْشَانَةً لَا يَرَوِيهَا القَلِيلُ ، وَتَكُونُ قَرِيَّةً العَهْدِ بِالماءِ فَيَكْفِيهَا القَلِيلُ ، فيكون ذلك مَجهولًا . وإن قَدَّرَهُ بِسَقْيِ مَاشِيَةٍ ، اخْتَمَلَ أن لا يَجوزَ ؛ لذلك . وَيَحْتَمَلُ أن يَجوزَ ؛ لأنَّ شَرَبَهَا يَتَقَارَبُ في الغَالِبِ / . ويجوزُ اسْتِجَارُ دَابَّةٍ لِيَسْتَقِيَّ عَلَيْهَا ماءً ، ولابدَّ مِن مَعْرِفَةِ الآلَةِ الَّتِي يَسْتَقِيَّ بِهَا ، مِن رَاوِيَةٍ ، أو قَرَبٍ أو جَرَارٍ ، وَمَعْرِفَةُ ذَلِكَ إمَّا بِالرُّؤْيَةِ ، وإمَّا بِالصِّفَةِ ، وَيُقَدَّرُ العَمَلُ إمَّا بِالزَّمَانِ ، وإمَّا بِعَدَدِ المَرَّاتِ ،

و ١١٦/٥

(١٧) - (١٨) سقط من : ب .

(١٨) في الأصل ، ب : ١ هو .

(١٩) سقط من : الأصل .

وإِذَا بَعَلَ شَيْءٌ مُعَيَّنٌ ، فَإِنَّ قَدْرَهُ بَعْدَ الْمَرَّاتِ ، اِخْتِجَاحٌ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ، ^(٢٠) وَالَّذِي يَذْهَبُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِالْقُرْبِ وَالْبُعْدِ ، وَالسُّهُولةِ وَالْعُسْرَةِ ، وَإِنَّ قَدْرَهُ بَعْلٌ شَيْءٌ مُعَيَّنٌ ، اِخْتِجَاحٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَمَعْرِفَةٌ مَا يَسْتَقْبَلُ مِنْهُ ^(٢١) . وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِيَ الْبَهِيمَةُ بِأَلْيَتِهَا وَبُدُونِهَا ، مَعَ صَاحِبِهَا وَوَحْدَهَا . وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِبَلِّ ثَرَابٍ مَعْرُوفٍ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُومٌ ^(٢٢) بِالْعُرْفِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى مَدَّةٍ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الظَّاهِرِ الَّذِي يَعْمَلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهَا فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ . وَإِنْ وَقَعَ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، لَمْ يَخْتِجَ إِلَى مَعْرِفَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ . وَيَخْتَمِلُ أَنْ يَخْتِجَ إِلَى ذَلِكَ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِنْهُ مَا رَوْنُهُ طَاهِرٌ وَجِسْمُهُ طَاهِرٌ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، كَالْحَيْلِ وَالْبَقَرِ ، وَمِنْهُ مَا رَوْنُهُ نَجَسٌ وَيُخْتَلِفُ فِي نَجَاسَةِ جِسْمِهِ ، كَالْبَعَالِ وَالْحَجِيرِ ، فَرُبَّمَا نَجَسَ بِهِ ^(٢٣) الْمُسْتَقْبَلُ أَوْ ذَلُوهُ ، فَيَنْتَجِسُ الْمَاءُ بِهِ ، فَيَخْتَلِفُ الْعَرَضُ بِذَلِكَ ، فَتَجِبُ مَعْرِفَتُهُ .

فصل : وَإِذَا اكْتَرِيَ حَيَوَانًا لِعَمَلٍ لَمْ يُخْلَقْ لَهُ ، مِثْلُ أَنْ اكْتَرِيَ الْبَقَرُ لِلرُّكُوبِ أَوْ الْحَمَلِ ^(٢٤) عَلَيْهَا ، أَوْ اكْتَرِيَ الْإِبِلَ وَالْحُمُرَ لِلخَرْثِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، أَمَكَنَ اسْتِيفَاؤُهَا مِنَ الْحَيَوَانِ ، لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِهَا ، فَجَازَ ، كَالَّذِي خُلِقَتْ لَهُ ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى الْمِلْكِ جَوَازُ التَّصَرُّفِ بِكُلِّ مَا يَصْلُحُ ^(٢٥) لَهُ الْعَيْنُ الْمَمْلُوكَةُ ، وَيُمْكِنُ تَحْصِيلُهُ مِنْهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ إِلَّا بِمُعَارِضٍ رَاجِحَةٍ ، إِمَّا وَرُودُ نَصٍّ بِتَحْرِيمِهِ ، أَوْ قِيَاسٌ صَحِيحٌ ، أَوْ رُجْحَانُ مَضَرَّتِهِ عَلَى مَنَفَعَتِهِ ، وَلَيْسَ هَهُنَا / وَاحِدٌ مِنْهَا ، وَكَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ مِنَ الْأَكْثَرَادِ وَغَيْرِهِمْ يَحْمِلُونَ عَلَى الْبَقَرِ وَيَرْكَبُونَهَا ، وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ يَحْرَثُونَ ^(٢٦) عَلَى

١١٦/٥ ظ

(٢٠ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل : ٥ يد .

(٢٣) في ب ، م : ٥ والحمل .

(٢٤) في ب ، م : ٥ بحرث .

الإبل والبغال والحَمِير ، فيكون مَعْنَى خَلْقِهَا لِلْحَرْثِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنَّ مُعْظَمَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فِيهِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ ^(٢٥) الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، كَمَا أَنَّ الْحَيْلَ خُلِقَتْ لِلرُّكُوبِ وَالزَّيْنَةِ ، وَيُنَاحُ أَكْلُهَا ، وَاللُّؤْلُؤُ خُلِقَ لِلْحِلْيَةِ ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْأَدْوِيَةِ وَغَيْرِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا حَدَّثَ فِي السَّلْعَةِ مِنْ يَدِ الصَّانِعِ ، ضَمِنَ)

وجملته أَنَّ الْأَجِيرَ عَلَى ضَرَرَيْنِ ؛ خَاصٌّ ، وَمُشْتَرَكٌ ، فَالْخَاصُّ : هُوَ الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، يَسْتَحِقُّ الْمُسْتَأْجِرُ نَفْعَهُ فِي جَمِيعِهَا ، كَرَجُلٍ اسْتَوْجَرَ لِحَدْمَةٍ ، أَوْ عَمَلٍ فِي بِنَاءٍ أَوْ خِيَاطَةٍ ، أَوْ رِعَايَةٍ ، يَوْمًا أَوْ شَهْرًا ، سُمِّيَ خَاصًّا لِإِخْتِصَاصِ الْمُسْتَأْجِرِ بِنَفْعِهِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ دُونَ سَائِرِ النَّاسِ . وَالْمُشْتَرَكُ : الَّذِي يَقَعُ الْعَقْدُ مَعَهُ عَلَى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، وَحَمَلِ شَيْءٍ إِلَى مَكَانٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى عَمَلٍ فِي مُدَّةٍ لَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ نَفْعِهِ فِيهَا ، كَالْكَحَّالِ ، وَالطَّبِيبِ ، سُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِأَنَّهُ يَقْبَلُ أَعْمَالًا لَانْتَيْنِ وَثَلَاثَةً وَأَكْثَرَ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَعْمَلُ لَهُمْ ، فَيَشْتَرِكُونَ فِي مَنْفَعَتِهِ وَاسْتِحْقَاقِهَا ، فَسُمِّيَ مُشْتَرَكًا لِاشْتِرَاكِهِمْ فِي مَنْفَعَتِهِ . فَالْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ هُوَ الصَّانِعُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا جَنَّتْ يَدُهُ ، فَالْحَائِثُ إِذَا أَفْسَدَ حَيَاكُنَّهُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَالْقَصَارُ ضَامِنٌ لِمَا يَتَخَرَّقُ مِنْ دَقِّهِ أَوْ مَدِّهِ أَوْ عَصْرِهِ أَوْ بَسْطِهِ . وَالطَّبَّاخُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ طَبِيبِهِ . وَالخَبَّازُ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَ مِنْ خُبْزِهِ ، وَالْحَمَّالُ يَضْمَنُ مَا يَسْقُطُ مِنْ حِمْلِهِ عَنْ رَأْسِهِ ، أَوْ تَلَفَ مِنْ عَثَرَتِهِ . وَالْحَمَّالُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ / بِقَوْدِهِ ، وَسَوْقِهِ ، وَانْقِطَاعِ حَبْلِهِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ جِمْلَهُ . ١١٧/٥ و
وَالْمَلَّاحُ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ جَذْفِهِ ، أَوْ مَا يُعَالِجُ بِهِ السَّفِينَةَ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَعَلِيٍّ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، وَشُرَيْحٍ ^(١) ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ . وَهُوَ قَوْلُ

(٢٥) سقط من : ب .

(١) أخرج البيهقي ذلك عن عمرو وعلي وشريح ، في : باب ما جاء في تضمين الأجراء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ١٢٢/٦ .

أبى حنيفة ، ومالك ، وأحمد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يضمن ، ما لم يتعد . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي ، وإن لم يئح به . ورؤي ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزر ، لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، فلم تَصِرْ مضمونة ، كالعين المستأجرة . ولنا ، ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي أنه كان يضمن الصبغ والصواع ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك^(١) . ورؤي الشافعي ، في « مُسنِّده »^(٢) ، بإسناده على علي ، أنه كان يضمن الأجرء ، ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا . ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فماتوا منه يجب أن يكون مضمونا ، كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه ، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في جزه بعد عمله ، لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاص ، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله ، استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء قُلف من جزه ، لم يسقط أجره بتلفه .

فصل : ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه ، مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه ، والقصار والخباط في دكاثيهما ، قال : ولو دعا الرجل خبازا ، فخبز له في داره ، أو خباطا أو قسارا يقصر ويخيط عنده ، لا ضمان عليه فيما أئلف ، ما لم يفرط ؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر ، فيصير كالأجير الخاص . قال : ولو كان صاحب المتاع / مع الملاح والمكاري ؛ لأن يد صاحب المتاع حمله ، فطلب الحمل ، لا ضمان على الملاح والمكاري ؛ لأن يد صاحب المتاع لم تنزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل ، قُلف حمله ، لم يضمنه

ظ ١١٧/٥

= وأخرجه ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عتبة في : باب الأجير يضمن أم لا ؟ من كتاب البيوع والأفضية . المصنف

. ١٢٧/٦

(٢) أخرجه البيهقي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

(٣) لم نجده في مسند الشافعي ، وأخرجه البيهقي عن الشافعي ، في الباب السابق ، الموضع السابق .

الْجَمَّالُ ؛ لِأَنَّ «رَبَّ الْمَتَاعِ» لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ . وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذَا .
 قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَوْ كَانَ الْعَمَلُ فِي ذِكَّانِ الْأَجِيرِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ حَاضِرًا ، أَوْ
 اكْتَرَاهُ لِيَعْمَلَ لَهُ شَيْئًا ، وَهُوَ مَعَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ
 جِنَايَتِهِ^(٥) ، وَيَجِبُ لَهُ أَجْرُ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَكُلَّمَا عَمِلَ شَيْئًا صَارَ مُسْلِمًا إِلَيْهِ .
 فَظَاهِرُ كَلَامِ الْجَرِّقِيِّ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِ فِي مِلْكٍ نَفْسِهِ أَوْ مِلْكٍ مُسْتَأْجِرِهِ ، أَوْ كَانَ
 صَاحِبُ الْعَمَلِ حَاضِرًا عِنْدَهُ أَوْ غَائِبًا عَنْهُ ، أَوْ كَوْنُهُ مَعَ الْمَلَّاحِ أَوْ الْجَمَّالِ أَوْ لَا .
 وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَا تَلَفَ بِجِنَايَةِ الْمَلَّاحِ بِجَذْفِهِ ، أَوْ بِجِنَايَةِ الْمُكَارِي بِشُدَّةِ
 الْمَتَاعِ ، وَنَحْوِهِ ، فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ مَعَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ
 وَجُوبَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ لِجِنَايَةِ يَدِهِ ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ حُضُورِ الْمَالِكِ وَغَيْبِهِ ، كَالْعُدْوَانِ ،
 وَلِأَنَّ جِنَايَةَ الْجَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ ، إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْمَتَاعِ رَاكِبًا مَعَهُ ، يُعْمُ الْمَتَاعَ
 وَصَاحِبِهِ ، وَتَفْرِيطُهُ يَعْصِيهِمَا ، فَلَمْ يُسْقِطْ ذَلِكَ الضَّمَانَ ، كَالْوَرَمِيِّ إِسْنَانًا مُتَرَسِّسًا ،
 فَكَسَّرَ ثَرَسَهُ وَقَتْلَهُ ، وَلِأَنَّ الطَّيِّبَ وَالْحَتَّانَ إِذَا جَنَّتْ يَدَاهُمَا ضَمِنَا مَعَ حُضُورِ الْمُطْبِّبِ
 وَالْمَحْتُونِ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَوْ كَانَ جَمَّالٌ^(٦) يَحْمِلُ عَلَى رَأْسِهِ وَرَبُّ الْمَتَاعِ
 مَعَهُ ، فَفَقَّرَ ، فَسَقَطَ الْمَتَاعُ ، فَتَلَفَ ، ضَمِنَ ، وَإِنْ سُرِقَ ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعِتَارِ
 تَلَفَ بِجِنَايَتِهِ ، وَالسَّرِقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَرَبُّ الْمَالِ لَمْ يَحُلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَهَذَا يَقْتَضِي
 أَنَّ تَلَفَهُ بِجِنَايَتِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ ، سَوَاءً حَضَرَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ غَابَ ، بِلِ وَجُوبِ / الضَّمَانِ
 فِي مَحَلِّ التَّرَاعِ أَوْ لَوَّى ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ فِي ذَلِكَ^(٧) الْمَوْضِعِ مَقْصُودٌ لِفَاعِلِهِ ، وَالسَّقْطَةُ مِنْ
 الْحَمَالِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ لَهُ ، فَإِذَا وَجَبَ الضَّمَانُ هُنَا ، ثُمَّ أَوْلَى .

فصل : وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى حِمْلِهِ عَيْبًا صِغَارًا أَوْ كِبَارًا ،

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : «الْحَمْلُ مُسْلَمٌ إِلَيْهِ» .

(٥) فِي ب ، م : «جِنَايَةٍ» .

(٦) فِي م : «ذَلِكَ» .

(٧) فِي م زِيَادَةٌ : «إِلَى» .

فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكَارَى فِيمَا تَلَفَ مِنْ سَوْقِهِ وَقَوْدِهِ ، إِذْ لَا يَضْمَنُ بَنَى آدَمَ مِنْ جِهَةِ
الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفْعَةٍ . وَالْأَوَّلَى وَجُوبُ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ هَهُنَا مِنْ
جِهَةِ الْجَنَائَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُعْمَ بَنَى آدَمَ وَغَيْرِهِمْ ، كَسَائِرِ الْجَنَائَاتِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَتَّقِضُ
بِجَنَائَةِ الطَّبِيبِ وَالْحَتَّانِ .

فصل : فَأَمَّا ^(٨) الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَهُوَ ^(٩) الَّذِي يُسْتَأْجَرُ ^(١٠) مُدَّةً ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ،
مَا لَمْ يَتَعَدَّ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مِثْلُهَا ، فِي رَجُلٍ أَمَرَ غُلَامَهُ بِكَيْلٍ لِرَجُلٍ بَزْرًا ، فَسَقَطَ
الرُّطْلُ مِنْ يَدِهِ ، فَانْكَسَرَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . فَقِيلَ : أَلَيْسَ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْقَصَّارِ ؟ قَالَ :
لَا ، الْقَصَّارُ مُشْتَرِكٌ . قِيلَ : فَرَجُلٌ اكْتَرَى رَجُلًا يَسْتَقِي مَاءً ، فَكَسَرَ الْجَرَّةَ ؟ فَقَالَ :
لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١١) قِيلَ لَهُ : فَإِنْ اكْتَرَى رَجُلًا يَحْرُثُ لَهُ عَلَى بَقْرَةٍ ، فَكَسَرَ الَّذِي
يَحْرُثُ بِهِ . قَالَ : فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . ^(١٢) وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ .
وظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّ جَمِيعَ الْأَجْرَاءِ يَضْمَنُونَ . وَرَوَى فِي
مُسْنَدِهِ ، عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الْأَجْرَاءَ ، وَيَقُولُ : لَا يُصْلِحُ النَّاسَ
إِلَّا هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَلَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَالْقِصَاصِ وَقَطْعِ
يَدِ السَّارِقِ . وَخَبِرَ عَلِيُّ مَرْسَلٌ ، وَالصَّحِيحُ فِيهِ ^(١٣) أَنَّهُ كَانَ يَضْمَنُ الصَّبَّاعَ
وَالصَّوَّاعَ ، وَإِنْ رَوَى مُطْلَقًا ، حُمِلَ عَلَى هَذَا / فَإِنَّ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَلِأَنَّ
الْأَجِيرَ الْخَاصَّ نَائِبًا عَنِ الْمَالِكِ فِي صَرْفِ مَنَافِعِهِ إِلَى مَا أَمَرَهُ بِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ،
كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . فَأَمَّا مَا يَتَلَفُ بِتَعَدُّهِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، مِثْلُ الْحَبَّازِ الَّذِي
يُسْرِفُ فِي الْوَقُودِ ، أَوْ يَلْزُقُهُ قَبْلَ وَقْتِهِ ، أَوْ يَتْرُكُهُ بَعْدَ وَقْتِهِ حَتَّى يَحْتَرِقَ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ
بِتَعَدُّهِ ، فَضَمِنَهُ ، كَغَيْرِ الْأَجِيرِ .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في ب ، م : هو .

(١٠) في ب ، م : يستأجره .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : ب .

فصل : وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصاً ، كالخياط في دكان يستأجر أجيراً مدّة ، يستعمله فيها ، فتقبل صاحب الدكان خياطة ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه أو أفسده ، لم يضمنه ؛ لأنه أجير خاص ، ويضمنه صاحب الدكان ؛ لأنه أجير مشترك .

فصل : إذا أثلّف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخير بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجر له ^(١٣) ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره . ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه في الموضع الذي أفسده ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان . وإنما كان كذلك ؛ لأنه إذا أحب تضمينه معمولاً ، أو في المكان الذي أفسده فيه ، فله ذلك ؛ لأنه ملكه في ذلك الموضع على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحب تضمينه قبل ذلك ، فلأن أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلم إليه ، فلا يلزمه .

فصل : إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : انسجه لي عشرة أذرع في عرض ذراع . فتسجه زائداً على ما قدر له في الطول والعرض ، فلا أجر له في الزيادة ؛ لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه ؛ فإن كان جاء به زائداً في الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة فله ما / سمي له من الأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب له مائة لبنّة ، فضرب له مائتين ، وإن جاء به زائداً في العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما : لا أجر له ؛ لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناه عرض ذراعين . والثاني ، له المسمى ؛ لأنه زاد على ما أمر به ، فأشبه زيادة الطول . ومن قال بالوجه الأول ، فرق بين الطول والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد

(١٣) في م : عليه .

في الطُول ، وَيَقَى الثُّوبُ عَلَى مَا أَرَادَ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْعَرْضِ . وَأَمَّا إِنْ جَاءَ بِهِ نَاقِصًا فِي الطُّولِ وَالْعَرْضِ ، أَوْ فِي أَحَدِهِمَا ، فَفِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا أُجْرَ لَهُ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِ الْغَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِمَا أُمِرَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى بِنَاءِ حَائِطٍ عَرْضَ ذِرَاعٍ ، فَبَنَاهُ عَرْضَ نِصْفِ ذِرَاعٍ . وَالثَّانِي ، لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَلَى ضَرْبِ لَبَنِ ، فَضَرَبَ بَعْضَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ نَاقِصًا فِي الْعَرْضِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ نَاقِصًا فِي الطُّولِ ، فَلَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ الطُّولِ وَالْعَرْضِ . وَإِنْ جَاءَ بِهِ زَائِدًا فِي أَحَدِهِمَا ، نَاقِصًا فِي الْآخَرِ ، فَلَا أُجْرَ لَهُ فِي الزَّائِدِ ، وَهُوَ فِي النَاقِصِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ : يُخَيَّرُ^(١٤) صَاحِبُ الثُّوبِ بَيْنَ دَفْعِ الثُّوبِ إِلَى النَّسَاجِ وَمُطَالَبَتِهِ بِشَمَنِ غَزْلِهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُدْفَعَ إِلَيْهِ الْمُسَمَّى فِي الزَّائِدِ ، أَوْ بِحِصَّةِ الْمَنْسُوجِ فِي النَاقِصِ ؛ لِأَنَّ غَرْضَهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ ، لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِالطُّولِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ ، وَيَنْتَفِعُ بِالْقَصِيرِ مَا لَا يَنْتَفِعُ بِالطُّولِ ، فَكَأَنَّهُ أَتْلَفَ عَلَيْهِ غَزْلَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِعَوْضِهِ ، كَمَا لَوْ جَاءَ بِهِ زَائِدًا فِي الطُّولِ وَحْدَهُ . فَأَمَّا إِنْ أَثَرَتِ الزِّيَادَةُ أَوْ النَقْصُ فِي الْأَصْلِ ، مِثْلُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِنَسِجِ عَشْرَةِ أَذْرُعَ لِيَكُونَ الثُّوبُ خَفِيفًا ، فَتَسْجِهَ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَصَارَ صَفِيقًا ، أَوْ أَمْرَهُ بِنَسِجِ خَمْسَةَ عَشَرَ لِيَكُونَ صَفِيقًا ، فَتَسْجِهَ عَشْرَةَ ، فَصَارَ خَفِيفًا ، فَلَا أُجْرَ لَهُ بِحَالٍ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِ الْغَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِ بِشَيْءٍ مِمَّا أُمِرَ بِهِ .

١١٩/٥ ظ

فصل : إِذَا دَفَعَ إِلَى خِيَّاطٍ ثَوْبًا ، فَقَالَ / : إِنْ كَانَ يُقَطِّعُ قِمِيصًا فاقطعْهُ . فَقَالَ : هُوَ يُقَطِّعُ . وَقَطَّعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِ ، فعَلَيْهِ ضَمَانُهُ . وَإِنْ قَالَ : انظُرْ هَذَا يَكْفِينِي قِمِيصًا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : اقْطَعْهُ . فَقَطَّعَهُ ، فَلَمْ يَكْفِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَرَّهُ فِي

(١٤) فِي الْأَصْلِ : يُخَيَّرُ .

الأولى ، لكان قد^(١٥) عَرَّه في الثانية . ولنا ، أنه إنما أُذِنَ له في الأولى بِشَرْطِ كِفَايَتِهِ ، فَقَطَعَهُ بِدُونِ شَرْطِهِ ، وفي الثانية أُذِنَ له من غيرِ شَرْطٍ ، فافْتَرَقَا ، ولم يَجِبْ عليه الضَّمَانُ في الأولى لِتَعَرُّيهِ ، بل لِعَدَمِ الإِذْنِ فِي قَطْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذْهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ كِفَايَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ إِذْنًا فِي غَيْرِ مَا وَجَدَ فِيهِ الشَّرْطُ ، بِخِلَافِ الثَّانِيَةِ .

فصل : فَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَقْطَعَ الثَّوْبَ قَمِيصَ رَجُلٍ ، فَقَطَعَهُ قَمِيصَ امْرَأَةٍ ، فَعَلِيهِ غَرْمٌ مَا بَيْنَ قِيمَتَيْهِ صَحِيحًا وَمَقْطُوعًا ؛ لِأَنَّ هَذَا قَطْعٌ غَيْرُ مَا ذُوْنُ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَطَعَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ . وَقِيلَ : يَقْرَأُ مَا بَيْنَ قَمِيصِ امْرَأَةٍ وَقَمِيصِ رَجُلٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا ذُوْنُ فِي قَمِيصِ الْجُمْلَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَاذُوْنَ فِيهِ قَمِيصٌ مُوصُوفٌ بِصِفَةٍ ، فَإِذَا قَطَعَ قَمِيصًا غَيْرَهُ ، لَمْ يَكُنْ فَاعِلًا لِمَا أُذِنَ فِيهِ ، فَكَانَ مُتَعَدِّيًا بِإِتْدَاءِ الْقَطْعِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الْقَطْعِ أَجْرًا ، وَلَوْ قَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، لَا سْتَحَقَّ أَجْرُهُ .

فصل : وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَذْنَتْ لِي فِي قَطْعِهِ قَمِيصَ امْرَأَةٍ . وَقَالَ : بَلِ أَذْنْتُ لَكَ فِي قَطْعِهِ قَمِيصَ رَجُلٍ . أَوْ قَالَ : أَذْنْتُ لِي فِي قَطْعِهِ قَمِيصًا . قَالَ : بَلِ قَبَاءٌ . أَوْ قَالَ الصَّبَّاءُ : أَمَرْتَنِي بِصَبِيغِهِ أَحْمَرَ . قَالَ : بَلِ أَسْوَدٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْخِيَاطِ وَالصَّبَّاءِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ^(١٦) . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ،^(١٧) وَأَبُو ثَوْرٍ^(١٨) : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلَانِ / ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ ، أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ ، كَالْمُتَبَايِعَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ إِذْنِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي أَصْلِ الإِذْنِ ، فَكَذَلِكَ فِي صِفَتِهِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مِنْ يَنْفِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) في الأصل زيادة : فقال : القول قول الخياط والصباغ .

(١٧ - ١٨) سقط من : الأصل .

اتَّفَقَا عَلَى^(١٨) الْإِذْنِ وَاخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، كَالْمُضَارِبِ إِذَا قَالَ : أَذْنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً . وَلَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى مِلْكِ الْخِيَاطِ الْقَطْعِ ، وَالصَّبَاغِ الصَّبْغِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ فَعَلَ مَا مَلَكَه ، وَاخْتَلَفَا فِي لُزُومِ الْعُرْمِ لَهُ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ . فَعَلِيَ هَذَا يَخْلِفُ الْخِيَاطُ وَالصَّبَاغُ بِاللَّهِ لَقَدْ أَذْنْتُ لِي فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَصَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْعُرْمُ ، وَيَكُونُ لَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ وَجُودُ فِعْلِهِ الْمَأْذُونِ فِيهِ بِعَوَضٍ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى ثَبَتَ بِقَوْلِهِ وَدَعَاوَاهُ ، فَلَا يَخْتَضُ بِبَيْمِينِهِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يُعْطَى النَّاسُ بِدَعَاوَاهُمْ ، لَا دَعَى قَوْمٍ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْبَيْمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢٠) . فَأَمَّا الْمُسَمَّى فِي الْعَقْدِ ، فَإِنَّمَا يَعْتَرِفُ رَبُّ الثُّوبِ بِتَسْمِيَتِهِ أَجْرًا ، وَقَطْعُهُ قَمِيصًا ، وَصَبْغُهُ أَسْوَدَ . فَأَمَّا مَنْ قَالَ : الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الثُّوبِ . فَإِنَّهُ يَخْلِفُ بِاللَّهِ : مَا أَذْنْتُ^(٢١) فِي قَطْعِهِ قَبَاءً ، وَلَا صَبْغِهِ أَحْمَرَ . وَيَسْقُطُ عَنْهُ الْمُسَمَّى . وَلَا يَجِبُ لِلْخِيَاطِ وَالصَّبَاغِ شَيْءٌ / ؛ لِأَنَّهُمَا فَعَلَا غَيْرَ مَا أَذِنَ لهما فِيهِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ صَاحِبَ الثُّوبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ^(٢٢) يَلْبَسُ الْأَقْبِيَةَ وَالْأَحْمَرَ^(٢٣) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَعَلَى الصَّانِعِ عُرْمٌ مَا نَقَصَ بِالْقَطْعِ ، وَضَمَانٌ مَا أَمْسَدَ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ خَالَ رَبِّ الثُّوبِ^(٢٤) تُدُلُّ عَلَى صِدْقِهِ ، فَتَرَجَّحُ دَعَاوَاهُ بَهِمَا ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي حَائِطٍ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ عَقْدٌ أَوْ أَرْجَحُ ، رَجَحْنَا دَعَاوَاهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ الْبَيْتِ ، رَجَحْنَا دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَصْلُحُ لَهُ . وَلَوْ اخْتَلَفَ صَانِعَانِ فِي آلَةٍ الَّتِي فِي دُكَّانِهِمَا ، رَجَحْنَا قَوْلَ كُلِّ

١٢٠/٥ ظ

(١٨) ق م : ١ : ٤ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « بِقِسْمَتِهِ » .

(٢٠) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٥٢٥/٦ .

(٢١) ق ب زِيَادَةٌ : ١ : ل ك .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، م ، : ١ : السَّوَادُ .

(٢٤) ق م : ١ : الْمَالُ .

واحدٍ منهما في آلهِ صِنَاعَتِهِ . فعلى هذا يَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ : مَا أَذْنْتُ لَكَ فِي قَطْعِهِ قَبَاءً . وَيَكْفِيهِ هذا لأنه يَنْتَفِي (٢٥) به الإِذْنُ ، فَيَصِيرُ قَاطِعًا لغيرِ مَا أَذِنَ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ الْقَبَاءُ مَخِيطًا بِخُيُوطِ لِمَالِكِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْخِيَاطُ قَتْفَهُ ، وَكَانَ لِمَالِكِهِ أَخْذُهُ مَخِيطًا بِلَا عَوَضٍ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ عَمَلًا مُجَرَّدًا عَنْ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِزَالَتُهُ ، كَالْوَقْلِ مِلْكٍ غَيْرِهِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ رَدُّهُ إِذَا رَضِيَ صَاحِبُهُ بِتَرْكِهِ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْخُيُوطُ لِلْخِيَاطِ ، فَلَهُ نَزْعُهَا ؛ لِأَنَّهَا عَيْنُ مَالِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَخْذُ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَلَا يَتَلَفُ بِأَخْذِهَا مَالُهُ حُرْمَةً . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَعْوِضِهِ عَنْهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما . وَإِنْ قَالَ رَبُّ الثَّوْبِ : أَنَا أَشَدُّ فِي كُلِّ خَيْطٍ خَيْطًا . حَتَّى إِذَا سَلَّهَ عَادَ خَيْطُ رَبِّ الثَّوْبِ فِي مَكَانِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْخِيَاطُ الْإِجَابَةَ إِلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمِلْكِهِ . وَحُكْمُ الصَّبَاغِ فِي قَلْعِ الصَّبْغِ إِنْ أَحْبَبَهُ ، وَفِي غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِهِ ، حُكْمُ صَبْغِ الْغَاصِبِ . عَلَى مَا مَضَى فِي بَابِهِ . وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي دَلِيلِهِمْ .

فصل : وَكُلٌّ مِنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى عَمَلٍ فِي عَيْنٍ ، فَلَا يَحِلُّو ؛ إِمَّا أَنْ يُوقَعَهُ وَهِيَ فِي يَدِ الْأَجِيرِ ، كَالصَّبَاغِ يَصْبُغُ فِي حَانُوتِهِ ، وَالْخِيَاطُ فِي دُكَّانِهِ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنَ الْعَمَلِ حَتَّى يُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ حَتَّى يُسَلِّمَهُ مَفْرُوعًا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي مُدَّةٍ ، فَلَا يَبْرَأُ مِنْهُ مَا لَمْ يُسَلِّمَهُ إِلَى الْعَاقِدِ ، كَالْمَبِيعِ مِنَ الطَّعَامِ ، لَا يَبْرَأُ مِنْهُ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي . وَأَمَّا إِنْ كَانَ يُوقَعُ الْعَمَلُ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ ، مِثْلَ أَنْ يُحْضِرَهُ الْمُسْتَأْجِرُ إِلَى دَارِهِ لِيَخِيطَ فِيهَا ، أَوْ يَصْبُغَ فِيهَا ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ الْعَمَلِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَيَصِيرُ مُسَلِّمًا لِلْعَمَلِ حَالًا فَحَالًا . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَبْنِي لَهُ حَائِطًا فِي دَارِهِ ، أَوْ يَحْفَرُ فِيهَا بَيْتًا ، لَبَرَأَ مِنَ الْعَمَلِ / ، وَاسْتَحَقَّ أَجْرَهُ بِمُجَرَّدِ عَمَلِهِ . وَلَوْ كَانَتِ الْبَيْتُ فِي الصَّحْرَاءِ ، أَوْ الْحَائِطُ ، لَمْ يَبْرَأْ بِمُجَرَّدِ الْعَمَلِ . وَلَوْ انْهَارَتْ

و ١٢١/٥

عَقِيبَ الْحَقْرِ ، أَوِ الْحَائِطُ بَعْدَ بَنَائِهِ وَقَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، لَمْ يَتْرَأْ مِنَ الْعَمَلِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . فَإِنَّهُ إِذَا قَالَ : اسْتَعْمِلْ أَلْفَ لَبَنَةٍ فِي كَذَا وَكَذَا . فَعَمِلَ ، ثُمَّ سَقَطَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ . وَأَمَّا الْأَجِيرُ الْخَاصُّ فَيَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، سَوَاءً تَلَفَ مَا عَمِلَهُ أَوْ لَمْ يَتَلَفْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا اسْتَأْجَرَهُ يَوْمًا ، فَعَمِلَ ، وَسَقَطَ عِنْدَ اللَّيْلِ مَا عَمِلَ ، فَلَهُ الْكَرَاءُ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ نَفْسِهِ ، وَعَمَلُ مَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ ، وَقَدْ وَجِدَ ذَلِكَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِبَنِي لَهُ حَائِطًا طَوْلُهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَبَنَى بَعْضَهُ ، فَسَقَطَ ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّهُ ، سَوَاءً كَانَ فِي مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ مَشْرُوطَ بَاطِمَائِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قِيلَ لَهُ : ازْفَعْ حَائِطًا كَذَا وَكَذَا ذِرَاعًا . فَعَلِيهِ أَنْ يُؤْفِقَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ ، فَعَلِيهِ التَّمَامُ . وَكَذَا لَوِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْفَرَ لَهُ بِفَرَاغِهَا عَشْرَةُ أَذْرُعٍ ، فَحَفَرَ مِنْهَا خَمْسَةً ، وَانْهَارَ فِيهَا تُرَابٌ مِنْ جَوَانِبِهَا ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا حَتَّى يُتِمَّ حَفْرَهَا .

٩١٠ - مسألة : قَالَ : (وَإِنْ تَلَفْتَ مِنْ جِرْزٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا تَلَفَ الْعَيْنُ مِنْ جِرْزِهِ ، مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ وَلَا تَفْرِيطٍ ، فَرُوي عَنْهُ : لَا يَضْمَنُ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ . وَهُوَ قَوْلُ طَاوُسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَزُفَرٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَرُوي عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ كَانَ هَلَاكُهُ بِمَا اسْتَطَاعَ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا غَالِيًا ، فَلَا ضَمَانَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ : إِذَا جَنَّتْ يَدُهُ ، أَوْ ضَاعَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ عَدُوًّا أَوْ غَرَقًا ، فَلَا ضَمَانَ . وَنَحْوُ هَذَا قَالَ أَبُو يَوْسَفَ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ تَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَوْجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ يَتَّهَمُ . وَلِهَذَا قَالَ فِي الْوَدِيعَةِ ، فِي رِوَايَةٍ : إِنَّهَا تُضْمَنُ إِذَا ذَهَبَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْصِيصُ^(١) التَّضْمِينِ بِمَا إِذَا تَلَفَ مِنْ بَيْنِ مَتَاعِهِ ، يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ

(١) فِي م : تَخْصِيصٌ .

لَا يَضْمَنُ إِذَا تَلَفَ مَعَ مَتَاعِهِ ، وَلَئِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَقْرِيطٌ وَلَا عُدْوَانٌ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، كَالْوَيْلَقَتِ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَضْمَنُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « / عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ^(١) . وَلَئِنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، لَمْ يُتْلَفْهَا بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَلَئِنَّهُ قَبْضُهَا بِإِذْنِ مَالِكِهَا لِنَفْعٍ يَعُودُ إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْمُضَارِبِ وَالشَّرِيكِ وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَأَنَّ لَوْ تَلَفَتْ بِأَمْرِ غَالِبٍ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةَ ، فَإِنَّهُ يَنْفَرِدُ بِنَفْعِهَا . وَالْحَبْرُ مَخْصُوصٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَصُولِ ، فَيُخَصُّ مَحَلَّ التَّرَاعِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا أَجَرَ لَهُ فِيْمَا عَمِلَ فِيهَا ؛ لَئِنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ عَمَلَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ عَوَضَهُ ، كَالْمَبْعِيعِ مِنَ الطَّعَامِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ .

فصل ^(٢) : وَإِذَا حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ ، عَلَى اسْتِيفَاءِ الْأَجْرِ ، فَتَلَفَ ، ضَمِنَتْهُ ؛ لَئِنَّهُ لَمْ يَرْهَنْهُ عِنْدَهُ ، وَلَا أَذِنَ لَهُ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَالْغَاصِبِ .

فصل : إِذَا أَخْطَأَ الْقَصَّارُ ، فَدَفَعَ الثَّوْبَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهُ ؛ لَئِنَّهُ فَوَّتَهُ عَلَى مَالِكِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : يَقْرُمُ الْقَصَّارُ ، وَلَا يَسَعُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ لُبُّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبُهُ ، وَعَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَى الْقَصَّارِ ، وَيُطَالِبُهُ بِثَوْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَابِضُ حَتَّى قَطَعَهُ وَلَيْسَ بِهِ ، ثُمَّ عَلِمَ ، رَدَّهُ مَقْطُوعًا ، وَضَمِنَ أَرْضَ الْقَطْعِ ، وَلَهُ مُطَالِبَتُهُ بِثَوْبِهِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا . وَإِنْ هَلَكَ عِنْدَ الْقَصَّارِ ، فَهَلْ يَضْمَنُهُ ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنُهُ ؛ لَئِنَّهُ أَمْسَكَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ بَعْدَ طَلْبِهِ ، فَضَمِنَتْهُ ، كَالْوَعْلَمِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُهُ ؛ لَئِنَّهُ لَمْ يُمْكِنْهُ رَدُّهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَجَزَ عَنْ دَفْعِهِ لِمَرَضٍ .

فصل : وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ ، لَمْ يَضْمَنْهَا . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الَّذِينَ يُكْرُونَ الْمُظْلَّ ^(٣) أَوْ

(٢) تقدم ترجمته في : ٣٤٢/٧ .

(٣) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤) في الأصل : « الظل » .

الْحَيْمَةَ إِلَى مَكَّةَ ، فَيَذْهَبُ مِنَ الْمُكْتَرَى بِسَرِّى أَوْ بِذَهَابٍ ، هَلْ يَضْمَنُ ؟ قَالَ : أَرْجُو أَنْ لَا يَضْمَنَ ، وَكَيْفَ يَضْمَنُ ؟ إِذَا ذَهَبَ لَا يَضْمَنُ . وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَبْضُ الْعَيْنِ لَا سِتْفَاءَ مَنَفْعَةٍ يَسْتَحِقُّهَا مِنْهَا ، فَكَانَتْ أَمَانَةً ، كَالْقَبْضِ الْعَيْنِ الْمُوصَى لَهُ بِخِدْمَتِهِ سَنَةً ، أَوْ قَبْضِ الزَّوْجِ أَمْرًا لِلْأُمَةِ . وَيُخَالِفُ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ مَنَفْعَتَهَا ، وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ ، فَعَلَيْهِ رَفْعُ يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الرَّدُّ . أَوْ مَأْإِلِيهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، فَقِيلَ لَهُ : إِذَا اكْتَرَى ذَابَّةً ، أَوْ اسْتَعَارَ ، أَوْ اسْتَوْدَعَ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَهُ ؟ فَقَالَ أَحْمَدُ : مَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا ، فَعَلَيْهِ رَدُّهُ مِنْ حَيْثُ أَخَذَهُ . فَأَوْجَبَ الرَّدُّ فِي الْعَارِيَّةِ / ، وَلَمْ يُوجِبْهُ فِي الْإِجَارَةِ وَالْوَدِيعَةِ . وَوَجْهُهُ أَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ ^(٥) ، فَلَا يَقْتَضِي رَدَّهُ وَمُؤْتَنَتَهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَفَارَقَ الْعَارِيَّةُ ؛ فَإِنْ ضَمَّانَهَا يَجِبُ ، فَكَذَلِكَ رَدُّهَا . وَعَلَى هَذَا مَتَى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِهِ أَمَانَةً ، كَالْوَدِيعَةِ ، إِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ غَيْرُ مَا ذُوْنُ لَهُ فِي إِمْسَاكِهَا ، أَشْبَهَ الْعَارِيَّةَ الْمُؤَقَّتَةَ بَعْدَ وَقْتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَمَانَةٌ أَشْبَهَتِ الْوَدِيعَةَ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ ضَمَانُهَا لَوْجَبَ رَدُّهَا . وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَإِنَّهَا مَضْمُونَةٌ فِي كُلِّ حَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ رَدُّهَا . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَتَى طَلَبَهَا صَاحِبُهَا وَجَبَ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ رَدِّهَا لَغَيْرِ عُذْرٍ ، صَارَتْ مَضْمُونَةً ، كَالْمَعْصُومَةِ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ الْمُؤَجَّرُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ ضَمَانَ الْعَيْنِ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ . وَهَلْ تَقْسُدُ الْإِجَارَةُ بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ ضَمَانَ الْعَيْنِ : الْكَرَاءُ وَالضَّمَانُ مَكْرُورَةٌ . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، قَالَ : لَا يَصْلُحُ الْكَرَاءُ بِالضَّمَانِ . وَعَنْ فَقْهَاءِ الْمَدِينَةِ أَنَّهُمْ كَانُوا يَقُولُونَ : لَا نُكْتَرَى بِضَمَانٍ ، إِلَّا أَنَّهُ مِنْ شَرْطٍ عَلَى كَرِيٍّ أَنَّهُ لَا يَنْزِلُ مَتَاعَهُ

(٥) فِي الْأَصْلِ : الْعَمَلُ .

بَطْنٍ وَادٍ ، أَوْ لَا يُسِيرُ بِهِ لَيْلًا ، مَعَ أَشْبَاهِ هَذِهِ الشُّرُوطِ ، فَتَعَدَّى ذَلِكَ ، فَتَلَفَ شَيْءٌ مِمَّا حَمَلَ فِي ذَلِكَ التَّعَدَّى ، فَهُوَ ضَامِنٌ ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ الضَّمَانِ فِيهِ ، وَإِنْ شَرَطَهُ لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَجِبُ ضَمَانَهُ لَا يُصِيرُهُ الشَّرْطُ^(٦) مَضْمُونًا ، وَمَا يَجِبُ ضَمَانَهُ لَا يَنْتَفِي ضَمَانُهُ بِشَرْطٍ تَقْيِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ، وَوُجُوبِهِ بِشَرْطِهِ^(٧) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٨) . فَأَمَّا إِنْ أَكْرَاهُ عَيْنًا ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسِيرَ بِهَا فِي اللَّيْلِ ، أَوْ وَقْتُ الْقَائِلَةِ ، أَوْ لَا يَتَأَخَّرَ بِهَا عَنْ الْقَائِلَةِ . أَوْ لَا يَجْمَلَ سِيرَهُ فِي آخِرِهَا ، أَوْ لَا يَسْلُكَ بِهَا الطَّرِيقَ الْفُلَانِيَّةَ ، وَأَشْبَاهَ هَذَا مِمَّا لَهُ فِيهِ غَرَضٌ مُخَالَفٌ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ لِشَرْطِ كَرِّهِ ، فَضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَحْمِلَ عَلَيْهَا إِلَّا قَفِيرًا ، فَحَمَلَ اثْنَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ فَاسِدَةً ، لَمْ يَضْمَنْ الْعَيْنُ أَيْضًا إِذَا تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ وَلَا تَعَدٍّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ صَحِيحُهُ ، فَلَا يَقْتَضِيهِ / فَاسِدُهُ ، كَالْوَكَالَةِ ١٢٢/٥ ظ وَالْمُضَارَبَةِ . وَحُكْمُ كُلِّ عَقْدٍ فَاسِدٍ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ ، حُكْمُ صَحِيحِهِ ، فَمَا وَجَبَ الضَّمَانُ فِي صَحِيحِهِ وَجَبَ فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا لَمْ يَجِبْ فِي صَحِيحِهِ لَمْ يَجِبْ فِي فَاسِدِهِ .

فصل : وَلِلْمُسْتَأْجِرِ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ بِقَدَرِ مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، وَيَكْبُحُهَا بِاللَّجَامِ لِلِاسْتِصْلَاحِ ، وَيَحْتَنُهَا عَلَى السَّيْرِ^(٩) لِيَلْحَقَ الْقَائِلَةَ ، وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَسَ

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِالشَّرْطِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٣٠/٦ .

وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ ، فِي بَابِ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ وَالصَّلَحُ جَائِزٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٤٩/٢ ، ٥٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي بَابِ : مَا ذَكَرَ عَنِ الرَّسُولِ فِي الصَّلَحِ بَيْنَ النَّاسِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . نَحْفَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠٣/٦ ، ١٠٤ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « الْمَسِيرُ » .

بَعِيرٍ جَابِرٍ ، وَضَرْبُهُ^(١٠) . وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، يَخْرِشُ بَعِيرَهُ بِمِخْجَنِهِ .
وَاللِّرَائِضُ ضَرْبُ الدَّائِيَةِ لِلتَّأْدِيبِ ، وَتَرْيِيبُ الْمَشْيِ ، وَالْعَدْوِ ، وَالسَّيْرِ . وَلِلْمُعَلِّمِ
ضَرْبُ الصَّبِيَّانِ لِلتَّأْدِيبِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سُئِلَ أَحْمَدُ ، عَنْ ضَرْبِ الْمُعَلِّمِ الصَّبِيَّانَ .
قَالَ : عَلَى قَدَرِ ذُنُوبِهِمْ ، وَيَتَوَقَّى بِجُهْدِهِ الضَّرْبَ ، وَإِذَا كَانَ صَغِيرًا لَا يَقْعُلُ فَلَا
يُضْرِبُهُ . وَمَنْ ضَرَبَ مِنْ^(١١) هَؤُلَاءِ كُلَّهُمْ^(١٢) الضَّرْبَ الْمَأْذُونُ فِيهِ ، لَمْ يَضْمَنْ مَا
تَلَفَ . وَهَذَا فِي الدَّائِيَةِ ، قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ،
وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِجَنَائَتِهِ ، فَضَمَّنَهُ ، كَغَيْرِ
الْمُسْتَأْجِرِ ، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُعَلِّمِ يَضْرِبُ الصَّبِيَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَأْدِيبُهُ بِغَيْرِ
الضَّرْبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَلَفَ مِنْ فِعْلِ مُسْتَحَقٍّ ، فَلَمْ يَضْمَنْ ، كَالْوَلَفِ تَحْتَ الْجُمْلِ ،
وَلَأَنَّ الضَّرْبَ مَعْنَى تَضَمُّنُهُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ ، فَإِذَا تَلَفَ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ ، كَالرُّكُوبِ .
وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ : يُمَكِّنُ التَّأْدِيبُ بِغَيْرِ الضَّرْبِ .
لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَلَوْ أُمَكِّنَ التَّأْدِيبُ بَدُونِ الضَّرْبِ ، لَمَا جَازَ الضَّرْبُ ،
إِذْ فِيهِ ضَرَرٌ وَإِلْطَامٌ مُسْتَعْنَى عَنْهُ . وَإِنْ أَسْرَفَ فِي هَذَا كُلَّهُ ، أَوْ زَادَ عَلَى مَا يَحْصُلُ
الْغَنَى^(١٣) بِهِ ، أَوْ ضَرَبَ مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ مِنَ الصَّبِيَّانِ ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ حَصَلَ
التَّلَفُ بَعْدَ وَانِهِ .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب الثبيات . وباب تستعد المغيبة وتمشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري
٥١٤ ، ٦/٧ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضا ، وباب بيع البعير واستئجار كونه ،
من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند
٣٧٢/٣ ، ٣٧٣ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في الأصل : هـ المعنى هـ .

٩١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حِجَامٍ ، وَلَا خِتَانٍ ، وَلَا مُتَطَبِّبٍ ، إِذَا عُرِفَ مِنْهُمْ جَذْقُ الصَّعَةِ ، وَلَمْ تُجَنِّ أَيْدِيهِمْ)

وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به ، لم يضمنوا بشرطين ؛ أحدهما ، أن يكونوا ذوي جذقي في صناعتهم ، ولهم بها بصارة ومعرفة ؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يجز له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرماً ، فيضمن سيرايته ، كالقطع ابتداءً . الثاني ، أن لا تجنى أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع . فإذا وجد هذان الشرطان ، لم يضمنوا ؛ لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه ، فلم يضمنوا سيرايته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله ، أشبه ما ذكرنا . فإما إن كان حاذقاً وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة ، أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ، أو يقطع "الطبيب سلعة" من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بالآلة كآلة يكثر ألها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشبه هذا ، ضمن فيه كله ؛ لأنه إثم لا يخلو ضمائه بالعمد والخطأ ، فأشبهه إثم المال ، ولأن هذا فعل محرّم ، فيضمن سيرايته ، كالقطع ابتداءً . وكذلك الحكم في النزاع^(١) والقاطع في القصاص ، وقاطع يد السارق . وهذا مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً .

فصل : وإن حتن صبيًا بغير إذن وليه ، أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه ، أو من صبي بغير إذن وليه ، فسرت جنائته ، ضمن ؛ لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذنا له ، لم يضمن ؛ لأنه مأذون فيه شرعاً .

فصل : ويجوز الاستيفاء على الختان ، والمداواة ، وقطع السلعة . لا نعلم فيه خلافاً ؛ ولأنه فعل يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستيفاء عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

(١ - ١) في م : « السلعة » . والسلعة هنا : كالقذوة في الجسد أو خراج في العنق ، وتكون من جملة إلى بطيخة ، والقاموس (سلع) .

(٢) النزاع : البيطار .

فصل : ويجوز أن يستأجر حَجَّامًا لِيَحْجِمَهُ ، وأجره مُباح . وهذا اختيار أبي الخطاب . وهذا قول ابن عباس ، قال : أنا آكله^(٣) . وبه قال عكرمة ، والقاسم ، وأبو جعفر ، ومحمد بن علي بن الحسين ، وربيعة ، ويحيى الأنصاري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي : لا يباح أجر الحجام . وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع ، وقال : وإن^(٤) أعطى شيئاً من غير عقد ولا شرط ، فله أخذه ، ويصرفه في علف ذوائه ، وطعمة عبيده ، ومؤنة صناعته ، ولا يجلب له أكله . وممن كره كسب الحجام عثمان ، وأبو هريرة ، والحسن ، والنخعي . وذلك لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » . (رواه مسلم^(٥)) . وقال : « أطعمه ناضحك ورققك »^(٦) . ولنا ، ما روى ابن عباس ، قال : احتجم النبي ﷺ ، وأعطى الحجام أجره ، ولو علمه حراماً لم يُعطه . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧) . وفي لفظ : لو علمه

(٣) في الأصل : « أكلته » .

(٤) سقط من : م . وفي ب : « فإن » .

(٥ - ٥) في الأصل : « متفق عليه » .

وأخرجه مسلم في : باب تحريم غنم الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١١٩٩/٣

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في غنم الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٦/٥ . والدارمي ، في : باب النهي عن كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٤/٣ ، ٤٦٥ ، ١٤/٤ ، ١٤١ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كسب الحجام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ . وابن ماجه ، في : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجرة الحجام ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٧٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨١/٣ ، ٤١١/٤ ، ٤٣٥/٥ ، ٤٣٦ .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٢/٣ . ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٦/١ ، ٣٢٤ ، ٣٣٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٥ .

خَبِيرًا لَمْ يُعْطِهِ . وَلِأَنَّهَا مُنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، لَا يَحْتَضَرُ فَاعِلُهَا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، فَجَازَ
الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالْبِنَاءِ وَالْخِيَاطَةِ ، وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَيْهَا ، وَلَا تَجِدُ كُلَّ أَحَدٍ
مُتَبَرِّعًا بِهَا ، فَجَازَ الاسْتِجَارُ عَلَيْهَا ، كَالرِّضَاعِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي كَسْبِ
الْحَجَّامِ : « أَطْعِمُهُ رَقِيقَكَ » . دَلِيلٌ ^(٨) عَلَى إِبَاحَةِ كَسْبِهِ ، إِذْ غَيْرُ جَائِزٍ أَنْ يُطْعِمَ
رَقِيقَهُ مَا يَحْرُمُ أَكْلَهُ ، فَإِنَّ الرَّقِيقَ أَدِيمِيٌّ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِمْ أَكْلُ ^(٩) مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، كَمَا
يَحْرُمُ عَلَى الْأَخْرَارِ ، وَتَخْصِيصُ ذَلِكَ بِمَا / أُعْطِيَهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِجَارٍ تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، ١٢٣/٥ ظ
'وَتَسْمِيَّتُهُ كَسْبًا' ^(١٠) خَبِيرًا لَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، فَقَدْ سَمَى النَّبِيُّ ﷺ الثَّوْمَ وَالْبَصَلَ
خَبِيرَيْنِ ^(١١) ، مَعَ إِبَاحَتِهِمَا . وَإِنَّمَا كَرِهَ النَّبِيُّ ﷺ ذَلِكَ لِلْمَحْرُورِ تَنْزِيهًا لَهُ ^(١٢) ؛ لِذَنَاءَةِ
هَذِهِ الصَّنَاعَةِ . وَلَيْسَ عَنْ أَحَدٍ نَصٌّ فِي تَحْرِيمِ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَلَا الاسْتِجَارِ
عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا قَالَ : نَحْنُ نُعْطِيهِ كَمَا أُعْطِيَ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَقُولُ لَهُ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ،
لَمَّا سُئِلَ عَنْ أَكْلِهِ نَهَاهُ ، وَقَالَ : « اغْلِفْهُ النَّاضِغَ وَالرَّقِيقَ » . وَهَذَا مَعْنَى كَلَامِهِ فِي
جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ ، وَلَيْسَ هَذَا صَرِيحًا فِي تَحْرِيمِهِ ، بَلْ فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، كَمَا فِي قَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا ، وَأَنَّ إِعْطَاءَهُ لِلْحَجَّامِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَتِهِ ، إِذْ لَا يُعْطِيهِ
مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَعْلَمُ النَّاسَ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُحَرَّمَاتِ ، فَكَيْفَ يُعْطِيهِمْ
إِيَّاهَا ، وَيُمْكِّنُهُمْ مِنْهَا ، وَأَمْرُهُ بِإِطْعَامِ الرَّقِيقِ مِنْهَا دَلِيلٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ ، فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ نَهْيِهِ
عَنْ أَكْلِهَا عَلَى الْكَرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ
قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِعْلِهِ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اتِّبَاعَهُ ﷺ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ مَنْ كَرِهَهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ،

(٨) فِي الْأَصْلِ : « دَل » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠ - ١١) فِي الْأَصْلِ : « وَتَسْمِيَةُ كَسْبِهِ » .

(١١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ نَبِيٍّ مِنْ أَكْلِ ثَوْمٍ أَوْ بَصَلًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣٩٦/١ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي أَكْلِ الثَّوْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٣٢٥/٢ . وَالتَّسَانِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ يَخْرُجُ
مِنَ الْمَسْجِدِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . الْمُجْتَبَى ٣٤/٢ ، ٣٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَكَلَ الثَّوْمَ فَلَا يَقْرُبُ الْمَسْجِدَ ،
مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٣٢٤/١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥/١ ، ٢٨ ، ١٩/٤ .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِمْ عَلَى هَذَا ، وَلَا يَكُونُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَائِلٌ بِالْتَحْرِيمِ . وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكْلُ كَسْبِ الْحَجَّامِ ، وَيُكْرَهُ تَعَلُّمُ صِنَاعَةِ الْحِجَامَةِ ، وَإِجَارَةُ نَفْسِهِ لَهَا ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْأُخْبَارِ ، وَلَأنَّ فِيهَا ذَنَاءَةً ، فَكُرَهُ^(١٢) الدُّخُولُ فِيهَا ، كَالْكَسْحِ . وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ قَوْلُ الْأَئِمَّةِ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ كَرَاهَتَهَا ، جَمْعًا بَيْنَ الْأُخْبَارِ الْوَارِدَةِ فِيهَا ، وَتَوْفِيقًا بَيْنَ الْأَدِلَّةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَأَمَّا اسْتِئْجَارُ الْحَجَّامِ لِغَيْرِ الْحِجَامَةِ ، كَالْفَصْدِ ، وَخَلْقِ الشَّعْرِ ، وَتَقْصِيرِهِ ، وَالخِتَانِ ، وَقَطْعِ شَيْءٍ مِنَ الْجَسَدِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « كَسْبُ الْحَجَّامِ حَبِيبٌ » . يَعْنِي بِالْحِجَامَةِ ، كَمَا نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ ، أَى فِي الْبَغَاءِ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَسَبَ صِنَاعَةً أُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ حَبِيبًا بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَهَذَا النَّهْيُ مُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ ، فَيُخْتَصُّ^(١٣) بِالْمَحَلِّ الَّذِي وَرَدَ فِيهِ ، وَلَأنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهَا ، وَلَا تَحْرِيْمَ فِيهَا ، فَجَازَتْ إِجَارَةُ فِيهَا^(١٤) ، وَأُخِذَ الْأَجْرُ عَلَيْهَا ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ الْمُبَاحَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ كَحَالًا لِيَكْمَلَ عَيْنَهُ ؛ لِأنَّهُ عَمَلٌ جَائِزٌ ، وَيُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ ، وَيَحْتَاجُ أَنْ يُقَدَّرَ ذَلِكَ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأنَّ الْعَمَلَ غَيْرَ مُضْطَوِّبٍ ، فَيُقَدَّرُ بِهِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى بَيَانٍ قَدَرٍ مَا يَكْمُلُهُ مَرَّةً فِي كُلِّ يَوْمٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ . فَأَمَّا / إِنْ قَدَّرَهَا بِالْبُرِّ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا بَأْسَ بِمُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرِّ ؛ لِأنَّ أَبَا سَعِيدٍ حِينَ رَفَى الرَّجُلَ ، شَارَطَهُ عَلَى الْبُرِّ^(١٥) . وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ هَذَا يَجُوزُ ، لَكِنْ يَكُونُ جَعَالَةً لَا إِجَارَةً ، فَإِنَّ إِجَارَةَ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ مُدَّةٍ ، أَوْ عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، فَأَمَّا الْجَعَالَةُ ، فَتَجُوزُ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَرَدِّ اللَّقْطَةِ وَالْآبِقِ ، وَحَدِيثُ

و ١٢٤/٥

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « يَكْرَهُ » .

(١٣) فِي ب ، م : « مُخْتَصٌّ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٥) يَأْتِي الْحَدِيثُ بِتَأْمِهِ وَتَحْرِيمِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ التَّالِيَةِ فِي صَفْحَةِ ١٣٧ .

أبى سَعِيدٍ فِي الرُّقِيَّةِ إِثْمًا كَانَ جَعَالَةً ، فَيَجُوزُ هُنَا مِثْلُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْكُحْلَ
 إِنْ كَانَ مِنَ الْعَلِيلِ جَازَ ؛ لِأَنَّ آلَاتِ الْعَمَلِ تَكُونُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ ، كَاللَّبَنِ فِي الْبِنَاءِ وَالطَّيْنِ
 وَالْأَجْرِ وَنَحْوِهَا . وَإِنْ شَارَطَهُ ^(١٦) عَلَى الْكُحْلِ ^(١٧) ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ
 أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تُمْلِكُ بَعْقِدَ الْإِجَارَةِ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ عَلَى الْعَامِلِ ، كَلَبْنِ
 الْحَائِطِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةٌ بِهِ ^(١٨) ، وَيَشْتَقُّ عَلَى الْعَلِيلِ تَحْصِيلُهُ ، وَقَدْ يَعْجِزُ عَنْهُ
 بِالْكُلِّيَّةِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالصَّبْغِ مِنَ الصَّبَاغِ ، وَاللَّبَنِ فِي الرِّضَاعِ ، وَالْجَبْرِ وَالْأَقْلَامِ
 مِنَ الْوَرَقِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ ^(١٩) بِهَذِهِ الْأُصُولِ . وَفَارَقَ لَبْنُ الْحَائِطِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ
 تَحْصِيلُ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ ، وَلَا يَشْتَقُّ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَقَالَ أَصْحَابُ مَالِكٍ :
 يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ لِيَنْتَنِي لَهُ حَائِطًا وَالْأَجْرُ مِنْ عِنْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَطَ مَا يَتِمُّ بِهِ الصَّنْعَةُ الَّتِي
 عَقَّدَ عَلَيْهَا ، فَإِذَا كَانَ مُبَاحًا ^(٢٠) مَعْرُوفًا ، جَازَ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَصْبُغَ ثَوْبًا ، وَالصَّبْغُ
 مِنْ عِنْدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ بَيْعَ الْعَيْنِ ، صَارَ
 كَبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ . وَيُفَارِقُ الصَّبْغُ ، وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الصُّورَةِ الَّتِي جَازَ فِيهَا ذَلِكَ ، مِنْ حَيْثُ
 إِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَحْصِيلَ الصَّبْغِ يَشْتَقُّ عَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ ، وَقَدْ يَكُونُ الصَّبْغُ
 لَا يَخْصُلُ إِلَّا فِي حَيْثُ يَحْتَاجُ إِلَى مُؤْنَةٍ كَثِيرَةٍ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا فِي صَبْغِ هَذَا ^(٢١)
 الثَّوْبِ ، فَجَازَ ^(٢٢) لِمَسْيَسِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا اسْتَأْجَرَهُ مُدَّةً ، فَكَحَلَهُ فِيهَا ، فَلَمْ تَبْرَأْ عَيْنُهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ . وَبِهِ قَالَ
 الْجَمَاعَةُ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَسْتَحَقُّ أَجْرًا حَتَّى تَبْرَأَ عَيْنُهُ ، وَلَمْ يَخْلُكْ ذَلِكَ
 أَصْحَابَهُ ، وَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَدْ وَفَّى الْعَمَلَ الَّذِي وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرْطُهُ » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « الْكَحَالُ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي ب زِيَادَةً : « بِمَقْتَضَى » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ب .

له الأجر ، وإن لم يحصل العَرَضُ ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يُتمه فيه . وإن برئت عينه في أثناء المدّة ، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدّة ؛ لأنّه قد عذّر العمل ، فأشبهه ما لو حَجَرَ عنه / أَمَرَ غَالِبٌ ، وكذلك لو مات .

فإن امتنع من الاستئجار مع بقاء المَرَضِ ، استحقّ الكفّال الأجر بمضي المدّة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه . فأما إن شارطه على البرء ، فإنّه يكون جعالة^(٢١) ، فلا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برئ بغير كفّله ، أو عذّر^(٢٢) الكفّل لموته ، أو غير ذلك من الموانع التي من جهة المستأجر ، فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل في الجعالة ، ثم فسّخ العقد . وإن امتنع لأمر من جهة الكفّال ، أو غير الجاعل ، فلا شيء له . وإن فسّخ الجاعل الجعالة بعد عمل الكفّال ، فعليه أجر عمله ، فإن فسّخ الكفّال ، فلا شيء له ؛ لأنها جعالة ، فثبت^(٢٣) فيها ما ذكرناه .

فصل : ويجوز أن يستأجر طبيباً ليدأبه . والكلام فيه كالکلام في الكفّال ، سواء ، إلّا أنّه لا يجوز اشتراط الدّواء على الطّبيب ؛ لأنّ ذلك إنّما جاز في الكفّال على خلاف الأصل ، للحاجة إليه ، وجري العادة به ، فلم يوجد ذلك المعنى ههنا ، فثبت^(٢٣) الحكم فيه على وفق الأصل . والله أعلم .

فصل : ويجوز أن يستأجر من يقلع ضرسه ؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالختان . فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ، ضيّعه ؛ لأنّه من جنائته . وإن برأ الضرس قبل قلعه ، انفسخت الإجارة ؛ لأنّ قلعه لا يجوز . وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من قلعه ، لم يجبر عليه ؛ لأنّ إثلاف جزء من الآدمي محرّم في الأصل ، وإنما أبيع إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلى كلّ إنسان في نفسه ،

(٢١) في الأصل : وحقاله .

(٢٢) في الأصل : امتنع .

(٢٣) في الأصل : فثبت .

إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحب الضرر أعلم بمضرته ، ومنفعته ^(٢٤) ، وقدر آلمه ^(٢٥) .

فصل : ومن استوجر على عمل موصوف في الذمة ، كخياطة ، أو بناء ، أو قلع ضرر ، فبذل الأجير نفسه للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم تستقر الأجرة بذلك ؛ لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير ^(٢٦) ، فلم يستقر بدلها بالبدل ، كالصداق لا يستقر ببذل المرأة نفسها . ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة ؛ لأن المنافع تلتفت ^(٢٧) تحت يده ^(٢٧) ، بخلاف مسألتنا .

٩١٢ - مسألة ؛ قال : (ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)

لا نعلم خلافاً في صحة استئجار الراعي ، وقد دل عليه قول الله تعالى مخبراً عن شعيب ، أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ لَاحِكًا مُحْتَرِقًا وَنَحْمِلَ أَسْرُوكَ وَنُكْرِتَ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ ^(١) . وقد علم أن موسى عليه السلام ، إنما آجر نفسه لرعاية الغنم ^(٢) . إذا ثبت هذا ، فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية / ، ما لم يتعد ، ولا نعلم ^(٣) فيه خلافاً إلا عن الشعبي ؛ فإنه روى عنه أنه ضمن الراعي . ولنا ، أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعد ، كالعين المستأجرة . فأما ما تلف بتعدي ، فيضمنه بغير خلاف ، مثل أن ينأم عن السائمة ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعده منه ، أو يغيب عن نظره وحفظه ، أو يضربها ^(٤) ضرباً يسرف فيه ، أو في غير موضع الضرب ،

(٢٤) في الأصل : « نفعه » .

(٢٥) في ١ ، م : « المدة » .

(٢٦) في الأصل زيادة : « منفعة » . وفي ب زيادة : « مدة » .

(٢٧) ٢٧ - (٢٧) في ب : « يده » .

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) تقدم تحريجه في صفحة ٥ .

(٣) في ب ، م : « ضربها » .

أو من غير حاجة إليه ، أو يَسْلُكُ^(٤) بها مَوْضِعًا تَعَرَّضُ فِيهِ لِلتَّلَافِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا يُعَدُّ تَفْرِيطًا وَتَعَدُّيًا ، فَتَلَفُ بِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهَا تِلَفَتْ بِعُدْوَانِهِ ، فَضَمِنَهَا كَالْمُودِعِ إِذَا تَعَدَّى ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي التَّعَدِّي وَعُدْمِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاعِي ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ . وَإِنْ قُلَّ فِعْلًا اخْتَلَفَا فِي كونه تَعَدُّيًا ، رُجِعَ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ . وَلَوْ جَاءَ بِجِلْدِ شَاةٍ ، وَقَالَ : مَاتَتْ . قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَلَمْ يَضْمَنْ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَضْمَنْ ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْنَاءَ تُقْبَلُ أَقْوَالُهُمْ ، كَالْمُودِعِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيْتِ فِي الْغَالِبِ ، فَأَشْبَهُ الْمُودِعَ . وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى مَوْتَهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْتِيَ بِجِلْدِهَا .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ فِي الرَّغْيِ إِلَّا عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَنْحَصِرُ . وَيجوزُ الْعَقْدُ عَلَى رَغْيٍ مَاشِيَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، وَعَلَى جِنْسٍ فِي الدَّمَةِ ، فَإِنْ عَقَدَ عَلَى مَاشِيَةٍ^(٥) مُعَيَّنَةٍ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِأَغْيَانِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ^(٦) ، وَيَبْطُلُ الْعَقْدُ بِتَلَفِهَا . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، بَطَلَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ فِيهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مَا بَقِيَ مِنْهَا بِالْحِصَّةِ . وَإِنْ وَلَدَتْ سِحَالًا^(٧) ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ رَغْيُهَا ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَمْ يَتَنَوَّلْهَا الْعَقْدُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِأَغْيَانِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ الْمَعْقُودَ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا يَسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ظَهَرَ الْيَرْكَبَةِ ، جَازَ أَنْ يَرْكَبَ غَيْرَهُ مَكَانَهُ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ دَارًا لَيْسَ سَكْنُهَا ، جَازَ أَنْ يُسْكِنَهَا مِثْلَهُ^(٨) ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَرْعَى حَنْظَلَةً ، جَازَ أَنْ يَرْعَى مَا هُوَ مِثْلُهَا فِي الضَّرَرِ ، أَوْ أَذْنَى مِنْهَا ، وَإِنَّمَا الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الرَّاعِي ، وَلِهَذَا يَجِبُ لَهُ الْأَجْرُ إِذَا سَلَّمَ نَفْسَهُ وَإِنْ لَمْ يَرْعَ^(٩) . وَيُقَارِقُ الثَّوْبَ فِي الْخِيَاطَةِ ؛ لِأَنَّ الثِّيَابَ فِي مِظَنَّةِ الْاِخْتِلَافِ ، فِي سَهُولَةِ خِيَاطَتِهَا وَمَشَقَّتِهَا ، بِخِلَافِ

(٤) فِي ب ، م : : سَلَكَ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : : إِبْدَالُهَا .

(٧) السَّخْلَةُ : وَلَدُ الشَّاةِ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : : يَرْعَى .

الرُّغَى . فعلى هذا ، له إبدالها بمثلها . وإن تُلِفَ بعضها ، لم يَنْفَسَخِ العَقْدُ فيه ، وكان له إبدالُه . وإن وَقَعَ العَقْدُ على مَوْصُوفٍ / في الدِّمَةِ ، فلا بُدَّ من ذِكْرِ جِنْسِ الحَيَوَانِ ١٢٥/٥ ظ ونَوْعِهِ ، إِبِلًا ، أو بَقَرًا ، أو غَنَمًا ، أو ضَأْنًا ، أو مَعَزَا . وإن أُطْلِقَ ذِكْرُ البَقَرِ والإِبِلِ ، لم يَتَنَاوَلِ الجَوَامِيسَ واليَحَاتِيَّ ؛ لأنَّ إطلاقَ الاسمِ لا يَتَنَاوَلُهَا عُرْفًا . وإن وَقَعَ العَقْدُ في مكانٍ يَتَنَاوَلُهَا إطلاقُ الاسمِ ، احتَاجَ إلى ذِكْرِ نَوْعٍ ما يَرَاهُ منها ، كالغَنَمِ . لأنَّ كُلَّ نَوْعٍ له أثرٌ في إِتْعَابِ الرَّاعِي ، ويَذْكُرُ الكِبَرَّ والصَّغَرَ ، فيقول : كِبَارًا أو سِخَالًا ، أو عَجَاجِيلَ أو فُصْلَانًا ، إلَّا أن يكونَ تَمَّ ^(٩) قَرِينَةً ، أو عُرِفَ صَارِفٌ إلى بعضها ، فيُعْنَى عن الذِّكْرِ . وإذا عَقِدَ على عَدَدٍ ^(١٠) مَوْصُوفٍ كالمائة ، لم يَحِبَّ عليه رَغَى زِيَادَةٍ عليها ، لا من سِخَالِها ولا من غيرِها . وإن أُطْلِقَ العَقْدُ ولم يَذْكُرْ عَدَدًا ، لم يَجُزْ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضي : يَصِحُّ ، ويُحْمَلُ على ما جَرَتْ به العَادَةُ ، كالمائة من الغَنَمِ ونحوها . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والأوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنَّ العَادَةَ في ذلك تُخْتَلَفُ وتَبَيَّنُ كَثِيرًا ، إذ الْعَمَلُ ^(١١) يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ .

فصل : فيما تجوزُ إجارته ، تجوزُ إجارَةُ كُلِّ غَنِيٍّ يُمَكِّنُ أَنْ يُتَفَتَّحَ بها مَنَفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، مع بَقَائِها بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، كالأَرْضِ ، والدَّارِ ، والعَيْدِ ، والبَهِيمَةِ ، والثِّيَابِ ، والفَسَاطِيطِ ، والجِبَالِ ، والخيَامِ ، والمَحَامِلِ ، والسُّرُجِ ^(١٢) ، واللُّجَمِ ^(١٣) ، والسَّيْفِ ، والرُّمَحِ ، وأشباه ذلك . وقد ذَكَّرْنَا كَثِيرًا مِمَّا تجوزُ إجارَتُهُ في مَوَاضِعِهِ . وتجوزُ إجارَةُ الحَلِيِّ . نصُّ عليه أحمدُ ، في رِوَايَةِ ابْنِهِ عبد الله . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ قال في إجارَةِ الحَلِيِّ : ما أَدْرِي ما هو ؟ قال القاضي : هذا ^(١٤) مَحْمُولٌ على إجارَتِهِ بِأَجْرَةٍ

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : : والعمل .

(١٢) في ب ، م ، : : والسرج .

(١٣) في ب ، م ، : : واللجام .

(١٤) في ب ، م ، : : هو .

من جنسِهِ ، فأما بغير جنسِهِ ، فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجَوَازِهِ . وقال مالك ، في إِبْجَارَةِ الْحَلِيِّ وَالْثِيَابِ : ^(١٥) هو من الْمُشْتَبِهَاتِ . ولعلَّهُ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِذَلِكَ الزَّيْنَةُ ، وليس ذلك من الْمَقَاصِدِ الْأَصْلِيَّةِ . ومن مَنَعَ ذلك بأجرٍ من جنسِهِ ، فقد احتجَّ له بأنَّهَا تَحْتَكَ بِالِاسْتِعْمَالِ ، فَيَذْهَبُ مِنْهَا أَجْزَاءٌ وَإِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً ، فَيَحْصُلُ الْأَجْرُ فِي مُقَابَلَتِهَا ، وَمُقَابَلَةُ الْإِنتِفَاعِ بِهَا ، فَيُفْضَى إِلَى بَيْعِ ذَهَبٍ بِذَهَبٍ وَشَيْءٍ آخَرَ . ولنا ، أَنَّهَا عَيْنٌ يُنْتَفَعُ بِهَا مِنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ مَقْصُودَةٌ ، مع بَقَاءِ عَيْنِهَا ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ مَا تَجُوزُ إِبْجَارَتُهُ ، وَالزَّيْنَةُ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْأَصْلِيَّةِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَّنَّ بِهَا عَلَيْنَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَتَرْكَبُنَّهَا بِزِينَةٍ ﴾ ^(١٦) . وقال تَعَالَى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ / لِعِبَادِهِ ﴾ ^(١٧) . وَأَبَاحَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ التَّحْلِيِّ وَاللِّبَاسِ لِلنِّسَاءِ مَا حَرَّمَ عَلَى الرِّجَالِ ، لِحَاجَتِهِنَّ إِلَى التَّزْيِينِ لِلزَّوْجِ ، وَأَسْقَطَ الزَّكَاةَ عَنْ حَلِيَّهِنَّ مَعُونَةً لَهُنَّ عَلَى اقْتِنَائِهِ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ نَقْصِهَا بِالِاحْتِكَائِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ ، لَا يُقَابَلُ بِعَوَضٍ ، وَلَا يَكَادُ يَظْهَرُ فِي وَزْنٍ ، وَلَوْ ظَهَرَ فَلَا أَجْرَ فِي مُقَابَلَةِ الْإِنتِفَاعِ ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْأَجْزَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ فِي الْإِبْجَارَةِ ، إِنَّمَا هُوَ عَوَضُ الْمَنْفَعَةِ ، كَافِيَ سَائِرِ الْمَوَاضِعِ ، وَلَوْ كَانَ فِي مُقَابَلَةِ الْجُزْءِ الذَّاهِبِ ^(١٨) ، لَمَا جَازَ إِبْجَارَةُ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِالْآخَرِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْفَرْقِ ^(١٩) فِي مُعَاوَضَةِ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَتَجُوزُ إِبْجَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ ، لِلْوَزْنِ وَالتَّحْلِي ، فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّهَا لَا تَجُوزُ إِبْجَارَتُهَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ الْمَقْصُودَةُ ^(٢٠) مِنْهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تُضْمَنُ مِنْفَعَتُهَا بِعَصَبِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الشَّمْعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ أَمَكَّنَ الْإِنتِفَاعُ بِهَا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا مِنْفَعَةٌ

(١٥) في م زيادة : « ما » .

(١٦) سورة النحل ٨ .

(١٧) سورة الأعراف ٣٢ .

(١٨) في الأصل : « الزائد » .

(١٩) في الأصل : « التفرق » .

(٢٠) في ب ، م : « المقصود » .

مُبَاحَةٌ ، فَأَشْبَهَتْ الْحَلْيَ ، وَفَارَقَتْ (٢١) الشَّمْعَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِمَا تَتَلَفُ (٢٢) عَيْنُهُ .
 إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ ذَكَرَ مَا يَسْتَأْجِرُهُ لَهُ ، وَعَيْنُهُ ، فَحَسَنَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْإِجَارَةَ ،
 فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَيَنْتَفِعُ بِهَا فِيمَا شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَتَهُمَا فِي
 الْإِجَارَةِ مُتَعَيَّنَةٌ فِي التَّحْلِي وَالْوَزْنِ ، وَهِيَ مُتَقَارِبَانِ ، فَوَجَبَ أَنْ تُحْمَلَ الْإِجَارَةُ عِنْدَ
 الْإِطْلَاقِ عَلَيْهِمَا ، كَأَسْتِجَارِ الدَّارِ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ يَتَنَاوَلُ السُّكْنَى ، وَوَضَعَ الْمَنَاعَ فِيهَا .
 وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ، وَتَكُونُ قَرْضًا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ
 الْإِجَارَةَ تَقْتَضِي الْإِثْفَاعَ ، وَالْإِثْفَاعُ الْمُعْتَادُ بِالْذَّرَاهِمِ وَالْذَّنَابِيرِ إِنْ مَا هُوَ بِأَعْيَانِهَا ،
 فَإِذَا أُطْلِقَ الْإِثْفَاعُ ، حُمِلَ عَلَى الْإِثْفَاعِ الْمُعْتَادِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا تَصِحُّ
 الْإِجَارَةُ ، وَلَا تَكُونُ قَرْضًا ؛ لِأَنَّ التَّحْلِي يَنْقُصُهَا ، وَالْوَزْنُ لَا يَنْقُصُهَا ، فَقَدْ اخْتَلَفَتْ
 جِهَةُ الْإِثْفَاعِ ، فَلَمْ يَجْزُ إِطْلَاقُهَا . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعَبَّرَ بِهَا عَنِ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ
 تَمْلِيكَ لِلْغَيْرِ ، وَالْإِجَارَةُ تَقْتَضِي الْإِثْفَاعَ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّعْيِيرُ بِأَحَدِهِمَا
 عَنْ الْآخَرِ . وَلِأَنَّ التَّسْمِيَةَ وَالْأَلْفَاظَ تَوْحَدُ ثَقَلًا ، وَلَمْ يُعْهَدْ فِي اللَّسَانِ التَّعْيِيرُ بِالْإِجَارَةِ
 عَنِ الْقَرْضِ . وَقَوْلُ أَبِي الْخَطَّابِ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مَتَى أُمِكِّنَ حَمْلُهُ
 عَلَى الصَّحَّةِ ، كَانَ أَوَّلَى مِنْ إِفْسَادِهِ ، وَقَدْ أُمِكِّنَ حَمْلُهُ عَلَى إِجَارَتِهَا لِلْجِهَةِ الَّتِي تَجُوزُ
 / إِجَارَتُهَا فِيهَا . وَقَوْلُ الْقَاضِي لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَقْتَضِي إِثْفَاعًا مَعَ بَقَاءِ
 الْعَيْنِ ، فَلَا تُحْمَلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ . وَمَا ذَكَرَ الْآخَرُونَ مِنْ نَقْصِ الْعَيْنِ بِالْإِسْتِعْمَالِ فِي
 التَّحْلِي فَبَعِيدٌ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ لَا أَثَرَ لَهُ ، فَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجَرَ شَجَرًا وَنَحِيلًا ، لِيُجَفَّفَ عَلَيْهَا الثِّيَابُ ، أَوْ يُسْتَطَهَّاءَ عَلَيْهَا
 لِيَسْتَظِلَّ بِظِلِّهَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي الْأَثْمَانِ . وَلَنَا ،
 أَنَّهُمَا لَوْ كَانَتْ مَقْطُوعَةً ، لَجَازَ اسْتِجَارُهَا لِذَلِكَ ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ ثَابِتَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
 الْإِثْفَاعَ يَحْصُلُ بَعْدَ السَّوَاءِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، فَمَا جَازَ فِي أَحَدِهِمَا يَجُوزُ فِي الْآخَرَى ،

(٢١) فِي ب ، م ، : وَفَارَقَ .

(٢٢) فِي ب ، م ، : أَتَلَفَ .

ولأنَّها شَجَرَةٌ ، فجازَ اسْتِجَارُها لذلك كالمَقْطُوعَةِ ، ولأنَّها مَنفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها مع بَقَاءِ العَيْنِ ، فجازَ العَقْدُ عليها ، كما لو كانت مَقْطُوعَةً ، ولأنَّها عَيْنٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها هذه المَنفَعَةُ منها ، فجازَ اسْتِجَارُها لها ، كالجِبَالِ والحَشَبِ والشُّجَرِ المَقْطُوعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ غَنَمٍ لَتُدَوَّسَ له طِينًا أَوْ زَرْعًا . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فيه وَجْهَانِ ؛ لأنَّها مَنفَعَةٌ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ من هذا الحَيَوَانِ ، فَأَشْبَهَتِ النَّخِيلَ . ولنا ، أَنَّها مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فَأَشْبَهَتِ اسْتِجَارَ البَقَرِ لِدِيَّاسِ الزَّرْعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ ما يَبْقَى من الطَّيِّبِ والصَّنَدَلِ وأَقْطَاعِ الكافُورِ والنَّدَى ، لِتَشْمَتِهِ (٢٣) المَرَضَى وغيرِهِمْ مُدَّةً ، ثم يَرُدُّهُ (٢٤) ؛ لأنَّها مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، فَأَشْبَهَتِ الوَزْنَ والتَّحْلِي ، مع أَنَّهُ لا يَنْفَكُ من إِخْلَاقٍ وبَلَى .

فصل : وتجوزُ إِجَارَةُ الحَائِطِ ، لِيَضَعَ عليها حَشَبًا مَعْلُومًا ، مُدَّةً مَعْلُومَةً . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : لا يَجُوزُ . ولنا ، أَنَّ هذه مَنفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ ، مَقْدُورٌ على تَسْلِيمِها واستِيفَائِها ، فجازَ عَقْدُ الإِجَارَةِ عليها ، كاستِجَارِ السَّطْحِ لِلنَّوْمِ عليه .

فصل : ويجوزُ اسْتِجَارُ دارٍ يَتَّخِذُها مَسْجِدًا يُصَلِّي فيه . وبه قال مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الصَّلَاةِ لا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهُ بِعَقْدِ إِجَارَةٍ بِحَالٍ ، فلا تجوزُ الإِجَارَةُ لذلك . ولنا ، أَنَّ هذه مَنفَعَةٌ مُبَاحَةٌ ، يُمكنُ اسْتِيفَاؤها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فجازَ اسْتِجَارُ العَيْنِ لها ، كالسُّكْنَى ، ويُفَارِقُ الصَّلَاةَ ، فَإِنَّها لا تَدْخُلُها الثَّيَابَةُ ، بِخِلَافِ بِنَاءِ المَسَاجِدِ .

(٢٣) في الأصل : « ليشتمه » .

(٢٤) في ب ، م : « يردّها » .

فصل: وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْبَيْرِ ، لَيْسَتْ قِيَمَتُهُ مِنْهَا أَيَّامًا مَعْلُومَةٌ ؛ لِأَنَّ هَوَاءَ الْبَيْرِ وَعُمُقُهَا فِيهِ نَوْعٌ ائْتِفَاعٌ بِمُرُورِ الدَّلْوِ فِيهِ ، وَأَمَّا نَفْسُ الْمَاءِ ، فَيُؤْخَذُ عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ .

فصل: وَيَجُوزُ اسْتِجَارُ الْفَهْدِ وَالْبَارِزِ وَالصَّقْرِ لِلصَّيْدِ ، فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ لَهُ ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ لَهُ ، كَالذَّائِيَةِ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ كُتُبِ الْعِلْمِ ، الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا لِلْاِئْتِفَاعِ بِهَا فِي الْقِرَاءَةِ فِيهَا ، وَالنَّسْخِ مِنْهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَتَجُوزُ إِجَارَةُ دَرَجٍ فِيهِ خَطٌّ حَسَنٌ ، يَكْتُبُ عَلَيْهِ ، وَيَتِمَثَّلُ مِنْهُ ؛ لِلذَّكَ .

فصل: وَمَا لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ أَقْسَامٌ :

أَحَدُهَا ، مَا لَا يُمَكِّنُ الْاِئْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالْمَطْعُومِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ ؛ لِأَنَّ إِجَارَةَ عَقْدٍ عَلَى الْمَنَافِعِ ، وَهَذِهِ لَا يُتَنَفَّعُ بِهَا إِلَّا بِإِثْلَافِ عَيْنِهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ شَمْعَةً يُسْرِجُهَا ، وَيُرَدُّ بَقِيَّتُهَا ، وَثَمَنَ مَا ذَهَبَ ، وَأَجَرَ الْبَاقِي ، كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ مَجْهُولٌ ، وَإِذَا جُهِلَ الْمَبِيعُ جُهِلَ الْمُسْتَأْجَرُ أَيْضًا ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدَانِ ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ شَمْعًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ ، وَيُرَدَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْعِلَ مِنْهُ شَيْئًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمَنْفَعَةٍ مَرْعِيَّةٍ فِي الشَّرْعِ ، فَبَذَلَ الْمَالِ فِيهِ سَفَهًا ، وَأَخَذَهُ أَكْلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٥) خَبِيرًا لِيَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ ^(٢٦) طَعَامًا لِيَتَجَمَّلَ بِهِ عَلَى مَا يَذِدُّهُ ، ثُمَّ يُرَدَّهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَهَكَذَا سَائِرُ الْأَشْيَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ اسْتِجَارُ مَا لَا يَبْقَى ^(٢٧) مِنَ الرِّيَاحِينِ ، كَالْوَرْدِ وَالْبَتْفَسَجِ وَالرِّيحَانِ الْفَارِسِيِّ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لِشَمِّهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ عَنْ قُرْبٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْعُومَاتِ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ الْعَنَمِ ، وَلَا الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، لِإِخْذِ لَبَنِهَا ، وَلَا لَيْسَتْ رُضِعَتُهَا لِسِخَالِهِ ^(٢٧) وَنَحْوِهَا ، وَلَا اسْتِجَارُهَا لِإِخْذِ صُوفِهَا ، وَلَا شَعْرِهَا ،

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في الأصل : « يتناقى » .

(٢٧) في الأصل : « استحاله » تحريف . وفي م : « السخلة » .

ولا وبرها ، ولا استِجَارُ شَجَرَةٍ ، لِتَأْخُذَ ثَمَرَتَهَا ، أو شيئا من غيرها .

فصل : ولا تجوزُ إِجَارَةُ الْفَعْلِ لِلضَّرَابِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي ، وأصحابِ الرأي ، وأبي نُورٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا فِي جَوَازِهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ مُبَاحٌ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ ، فَجَازَ ، كإِجَارَةِ الظِّلِّ لِلرَّضَاعِ ^(٢٨) ، وَالْبُيُوتِ لِيَسْتَقِيَ مِنْهَا الْمَاءَ ؛ وَلِأَنَّهَا مَنَفَعَةٌ تُسْتَبَاحُ بِالْإِعَارَةِ ، فَتُسْتَبَاحُ بِالْإِجَارَةِ ، كَسَائِرِ الْمَنَافِعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ عَسَبِ الْفَعْلِ : ^(٢٩) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣٠) ، وَفِي لَفْظٍ : نَهَى عَنْ ضِرَابِ الْجَمَلِ . وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَاءَ الَّذِي يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ ، فَيَكُونُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ لِاسْتِيفَاءِ عَيْنِ غَائِبَةٍ ^(٣١) ، فَلَمْ يَجُزْ ، كإِجَارَةِ الْغَنَمِ لِأَخْذِ لَبَنِهَا ، وَهَذَا أَوْلَى ؛ فَإِنَّ هَذَا الْمَاءَ مُحَرَّمٌ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، فَلَمْ يَجُزْ أَخْذُ الْعَوَضِ / عَنْهُ ، كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ ، فَأَشْبَهَ اللَّبَنَ فِي الضَّرْعِ . فَأَمَّا مَنْ أَجَازَهُ ، فَيَتَّبِعِي أَنْ يُوقَعَ الْعَقْدُ عَلَى الْعَمَلِ ، وَيُقَدَّرُهُ بِمَرَّةٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَقِيلَ : يَقَعُ الْعَقْدُ عَلَى مُدَّةٍ . وَهَذَا بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَرَادَ إِطْرَاقَ فَرَسِهِ مَرَّةً ، فَقَدَّرَهُ بِمُدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى قَدْرِ الْفِعْلِ ، لَمْ يُمْكِنْ اسْتِيعَابُهَا بِهِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى مِقْدَارِهِ ، فَرُبَّمَا لَا يَحْصُلُ الْفِعْلُ فِيهِ ، وَيَتَعَدَّرُ أَيْضًا ضَبْطُ مِقْدَارِ الْفِعْلِ ، فَيَتَعَيَّنُ التَّقْدِيرُ بِالْفِعْلِ ، إِلَّا أَنْ يَكْتَرِيَ فَخْلًا لِإِطْرَاقِ مَا شِئَتْ كَثِيرَةً ، كَفَحْلٍ يَتْرُكُهُ فِي إِبِلِهِ ، أَوْ تَيْسٍ فِي غَنَمِهِ ، فَإِنَّ هَذَا إِنَّمَا يَكْتَرِي مُدَّةً مَعْلُومَةً . وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فَإِنْ احتاجَ إِنْسَانٌ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يُطْرِقُ لَهُ ، جَازَ لَهُ ^(٣٢) أَنْ يَبْذُلَ الْكِرَاءَ ، وَلَيْسَ لِلْمُطْرِقِ أَخْذُهُ . قَالَ عَطَاءٌ : لَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ شَيْئًا ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَهُ إِذَا لَمْ يَجِدْ مَنْ يُطْرِقُ ^(٣٣) لَهُ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ بَذْلٌ

١٢٧/٥ ظ

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩ - ٢٩) في ب : « رواية البخاري » .

وتقدم تخريجه في : ٣٠٣/٦ .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) في الأصل : « يطرقه » .

مال^(٣٣)، لِتَحْصِيلِ مَنَفْعَةٍ مُبَاحَةٍ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهَا ، فَجَازَ ، كَشِرَاءِ الْأَسِيرِ ، وَرِشْوَةِ الظَّالِمِ لِيُدْفَعَ ظُلْمُهُ . وَإِنْ أَطْرَقَ إِنْسَانٌ فَحَلَهُ بِغَيْرِ إِجَارَةٍ وَلَا شَرْطٍ ، فَأُهْدِيَتْ لَهُ هَدِيَّةٌ ، أَوْ أُكْرِمَ بِكَرَامَةٍ لِّلذَلِكَ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَعْرُوفًا ، فَجَازَتْ مُجَازَاتُهُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُهْدِيَ هَدِيَّةٌ .

فصل : القسم الثاني ، مَا مَنَفَعْتُهُ مُحَرَّمَةٌ ، كَالزَّئِنِ وَالزَّمْرِ وَالنُّوحِ وَالْغِنَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ^(٣٤) لِفِعْلِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيصِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَجُزِ الْاسْتِجَارُ عَلَيْهِ ، كَأَجَارَةِ أُمِّهِ لِلزَّئِنِ . وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ كَاتِبٍ لِيَكْتُبَ لَهُ غَنَاءً وَتَوْحًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمُحَرَّمٍ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا . وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ عَلَى كِتَابَةِ شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ، وَلَا بِذَعَةٍ ، وَلَا شَيْءٍ مُحَرَّمٍ ؛ لِذَلِكَ . وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِجَارُ عَلَى حَمْلِ الْخَمْرِ لِمَنْ يَشْرِبُهَا ، وَلَا عَلَى حَمْلِ خِنْزِيرٍ وَلَا مَيْتَةٍ ؛ لِذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَتَّعَيْنُ عَلَيْهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ حَمَلَهُ مِثْلَهُ جَازَ ، وَلَئِنْ لَوْ قَصَدَ لِرَاقَتِهِ أَوْ طَرَحَ الْمَيْتَةَ ، جَازَ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ حَمَلَ خِنْزِيرًا أَوْ مَيْتَةً أَوْ خَمْرًا النَّصْرَانِي : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، وَلَكِنْ يُقْضَى لِلْحَمَالِ بِالْكِرَاءِ ، فَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِيُرِيَقَهَا ، فَأَمَّا لِلشَّرْبِ فَمَحْظُورٌ ، وَلَا يَحِلُّ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ . وَهَذَا التَّأْوِيلُ يَبْعِيدُ ؛ لِقَوْلِهِ : أَكْرَهُ أَكْلَ كِرَائِهِ ، / وَإِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فَهُوَ أَشَدُّ . وَلَكِنَّ الْمَذْهَبَ خِلَافَ هَذِهِ الرَّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ لِفِعْلِ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالزَّئِنِ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ حَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ^(٣٥) . وَقَوْلُهُ : لَا يَتَّعَيْنُ . يَطْلُبُ بِاسْتِجَارِ أَرْضٍ لِيَتَّخِذَهَا مَسْجِدًا . وَأَمَّا حَمْلُ هَذِهِ لِرَاقَتِهَا ، وَالْمَيْتَةِ لَطَرَحِهَا ، وَالْاسْتِجَارِ لِلْكُتُفِ ، فَجَائِزٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ب زيادة : عليه ؛ .

(٣٥) تقدم تحريمه في : ٣١٨/٦ .

كله مباح ، وقد استأجر النبي ﷺ^(٣٦) أبا طيبة فحججه^(٣٧). وقال أحمد ، في رواية ابن منصور ، في الرجل يؤجر نفسه لينظاره كرم النصراني^(٣٨) : يكره ذلك ؛ لأن الأصل في ذلك راجع إلى الحمر .

فصل : ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكنسح الكنيف ، ويكره له أكل أجره ؛ لأن النبي ﷺ قال : « كَسَبَ الْحَجَّامُ خَبِيثٌ »^(٣٩) . ونهى الحر عن أكله ، فهذا أولى . وقد روى عن ابن عباس ، أن رجلاً حج ، ثم أتاه ، فقال له^(٤٠) : إني رجل أكنس ، فما ترى في مكسبي ؟ قال : أي شيء تكنس ؟ قال : العذرة ، قال : ومنه حَجَجْتُ ، ومنه تَزَوَّجْتُ ؟ قال : نعم ، قال : أتت خبيث ، وحججك خبيث ، وما تَزَوَّجْتُ خبيث . أو نحو هذا ، ذكره سعيد بن منصور ، في « سننه » بمعناه ، ولأن

(٣٦ - ٣٧) في م : « أبا طيبة لحججه » . وأبو طيبة مولى الأنصار . انظر ترجمته في : الإصابة ٢٣٣/٧ .
والحديث أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الحجام ، وباب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والوزن وسنهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ، من كتاب البيوع ، وباب ضريبة العبد ، وتعاهد ضرائب الإماء ، من كتاب الإجارة ، وباب الحجامة من الداء ، من كتاب الطب . صحيح البخاري ٨٢/٣ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ١٦١/٧ ، ومسلم ، في : باب حل أجره الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٤/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٣٩/٢ ، والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . غرصة الأحمدي ٢٧٨/٥ ، والدارمي ، في : باب في الرخصة في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٢/٢ ، والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الحجامة وأجره الحجام . الموطأ ٩٧٤/٢ ، والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٠/٣ ، ١٧٤ ، ١٨٢ ، ٣٥٣ .

(٣٧) في الأصل : « يؤاجر » .

(٣٨) في الأصل : « النصراني » .

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١١٨ .

(٤٠) سقط من : ب ، م .

فيه دَنَاءَةٌ ، ففكره ، كالحِجَامَةِ ، فَأَمَّا الإِجَارَةُ فِي الْجُمْلَةِ ، فَجَائِزَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهَا ، فَلَا تُنْذَفَعُ بِدُونِ إِبَاحَةِ الإِجَارَةِ ، فَوَجِبَ إِبَاحَتُهَا ، كَالْحِجَامَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ إِجَارَةُ دَارِهِ لِمَنْ يَتَّخِذُهَا كَنِيسَةً ، أَوْ بَيْعَةً ، أَوْ يَتَّخِذُهَا لِبَيْعِ الْحَمْرِ ، أَوْ الْقَمَارِ . وَبِهِ قَالَ الْجَمَاعَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ يَتَيْتُكَ فِي السَّوَادِ ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تُؤْجِرَهُ لَذَلِكَ . وَخَالَفَهُ صَاحِبَاهُ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ تُجَزَّ الإِجَارَةُ عَلَيْهِ ، كَالِإِجَارَةِ عَبْدِهِ لِلْفُجُورِ . وَلَوْ أَكْثَرَى ذِمَّتِي مِنْ مُسْلِمٍ دَارَهُ ، فَأَرَادَ بَيْعَ الْحَمْرِ فِيهَا ، فَلِصَاحِبِ الدَّارِ مَنَعُهُ . وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَ يَتَيْتُهُ ^(٤١) فِي السَّوَادِ وَالْجَبَلِ ، فَلَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا شَاءَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، جَازَ الْمَنَعُ مِنْهُ فِي الْمَضَرِّ ، فَجَازَ فِي السَّوَادِ ، كَقَتْلِ النَّفْسِ الْمُحَرَّمَةِ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا يَحْرُمُ بَيْعُهُ ، إِلَّا الْحُرُّ وَالْوَقْفُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ إِجَارَتُهَا ، وَإِنْ حُرِّمَ بَيْعُهَا ، وَمَا عدا ذَلِكَ فَلَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، سِوَاءَ كَانَ مِمَّا ^(٤٢) لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ النَّادِّ ، وَالْبَهِيمَةِ الشَّارِدَةِ ، وَالْمَعْصُوبِ مِنْ غَيْرِ غَاصِبِهِ ^(٤٣) مِمَّنْ لَا يَقْدَرُ عَلَى انْتِزَاعِهِ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُ الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا تُجْهَلُ صِفَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تَجُوزُ إِجَارَتُهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . أَوْ كَانَ مِمَّنْ لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ ، أَوِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا تُصْلَحُ لِلْأَصْطِيَادِ . وَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ الْكَلْبِ ، وَلَا الْخَنْزِيرِ ، بِحَالٍ . وَيَتَخَرَّجُ جَوَازُ إِجَارَةِ الْكَلْبِ الَّذِي يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا مُبَاحًا تَجُوزُ إِعَارَتُهُ ^(٤٤) ، فَجَازَتْ إِجَارَتُهُ ^(٤٥)

(٤١) فِي الْأَصْلِ : يَتَيْتُكَ .

(٤٢) فِي ب ، م : مِنْ .

(٤٣) فِي ب ، م : زِيَادَةٌ : أَوْ .

(٤٤) فِي م : لَهُ إِجَارَتُهُ .

(٤٥) فِي م : زِيَادَةٌ : لَهُ .

كغيره . ولأصحاب الشافعي وجهان ، كهذين^(٤٦) . ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، مثل أن يعصب منفعته ، بأن يدعى إنسان أن هذه الدار في إجارته عامًا ، ويغلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجارتها في هذا العام إلا من غاصبها ، أو ممن يقدر على أخذها منه . قال أصحابنا : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معًا . وهذا قول أبي حنيفة ، وزفر ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته كالمعصوب ؛ وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه . واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك . وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته كالمفرد^(٤٧) ، ولأنه عقد في ملكه ، يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره كالبيع ، ولأنه يجوز إذا قلعه الشريكان معًا ، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفردًا ، كالبيع . ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان ، أو أجره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر ، فأشبه إجارة المعصوب من غاصبه دون غيره . وإن كانت الدار لواحد ، فأجر نصفها ، صح ؛ لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجر نصفها الآخر للمستأجر الأول ، صح ؛ فإنه يمكنه تسليمه إليه ، وإن أجره لغيره ، ففيه وجهان ، بناء على المسألة التي قبلها ؛ لأنه لا يمكنه تسليم ما أجره إليه . وإن أجر الدار لثنين لكل واحد منهما نصفها ، فذلك ؛ لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه .

فصل : وفي إجارة المصحف وجهان ؛ أحدهما ، لا تصح إجارته ، مبنيًا على أنه لا يصح بيعه ، وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وإيتداله بالتمن

(٤٦) في ب زيادة : : فصل .

(٤٧) في الأصل : : كالفروز ، وفي ب ، م : : كالفروز . ولعل الصواب ما أثبتناه .

في البيع، والأجر في الإجارة. والثاني، تجوز إجارته. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انتفاع مباح، تجوز/ الإعارة من أجله، فجازت فيه الإجارة، كسائر الكتب، فأما سائر الكتب الجائز بيعها، فتجوز إجارته. ومفتضى مذهب أى حنيفة أنها لا تجوز إجارته؛ لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره، أو شمعاً ليتجمل به. ولنا، أنه انتفاع مباح يحتاج إليه، وتجوز الإعارة له، فجازت إجارته، كسائر المتافع. وفارق النظر إلى السقف؛ فإنه لا حاجة إليه، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله. وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب، والتحفظ منها، والنسخ والسماع منها والرواية، وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه.

فصل: ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، فقال: إن أجرة نفسه من الذمي في خدمته، لم يجز، وإن كان في عمل شيء، جاز. وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: تجوز؛ لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة، فجاز فيها، كما جازته من المسلم. ولنا، أنه عقد يتضمن حيس المسلم عند الكافر، وإذلاله له، واستخدامه، أشبه البيع، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع منه، فلأن يمنع من الإجارة أولى. فأما إن أجرة نفسه منه في عمل معين في الذمة، كخياطة ثوب، وقصارته، جاز بغير خلاف نعلمه؛ لأن علياً رضي الله عنه، أجرة نفسه من يهودي، يستقى^(٤٨) له كل دلو بتمرة، وأخبر النبي ﷺ بذلك، فلم ينكره^(٥٠). وكذلك الأنصاري^(٤٩). ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم، ولا استخدام، أشبه مبياعته. وإن أجرة نفسه منه لعمل غير الخدمة، مدة

(٤٨) في ب، م: يسقى .

(٤٩) الأول تقدم تخريجه في: ٢٠٨/٦. والثاني في صفحة ٢١.

مَعْلُومَةٌ ، جازَ أيضا ، في ظاهرِ كلامِ أحمد ؛ لقوله ، في رواية الأثرم : وإن كان في عَمَلِ شيء ، جازَ . ونَقَلَ عنه أحمدُ بنُ سَعِيدٍ : لا بَأْسَ أَنْ يُوجَرَ نَفْسُهُ مِنَ الدَّمِيِّ . وهذا مُطْلَقٌ في نَوْعِي الإِجَارَةِ . وَذَكَرَ بعضُ أَصْحَابِنَا^(٥٠) ، أَنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ مَنعُ ذلك ، وَأشارَ إلى ما رَوَاهُ الأثرمُ ، واحتجَّ بأنَّه عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ المُسْلِمِ ، أَشْبَهَ البَيْعِ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنَا ، وكلامُ أحمدَ إِنَّمَا يَدُلُّ على خِلَافٍ ما قاله ، فَإِنَّهُ خَصَّ المَنعَ بالإِجَارَةِ لِلْخِدْمَةِ ، وَأجازَ إِجَارَتَهُ لِلْعَمَلِ . وهذا إِجَارَةٌ لِلْعَمَلِ . ويُفَارِقُ البَيْعَ ، فَإِنَّ فِيهِ إِبْثَاتَ المِلْكِ على المُسْلِمِ ، ويُفَارِقُ إِجَارَتَهُ لِلْخِدْمَةِ / ، لِتَضَمُّنِهَا الإِذْلَالَ .

١٢٩/٥ ظ

فصل : نَقَلَ إبراهيمُ الحَرَبِيُّ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَكْتَرِي الدِّيكَ يُوقِظُهُ لَوَقْتِ الصَّلَاةِ : لا يَجُوزُ ؛ وذلكَ لِأَنَّ ذلكَ يَقِفُ على فِعْلِ الدِّيكِ ، ولا يُمكنُ اسْتِخْرَاجُ ذلكَ منه بِضَرْبٍ ولا غَيْرِهِ ، وقد يَصِيحُ ، وقد لا يَصِيحُ ، وربما صاحَ بعدَ الوَقْتِ .

فصل : القسمُ الرابعُ ، القُرْبُ التي يَخْتَصُّ فاعِلُها بِكَوْنِهِ من أَهْلِ القُرْبَةِ ، يَعْنِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا ، كالإِمَامَةِ ، والأَذَانِ ، والحَجِّ ، وتَعْلِيمِ القُرْآنِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قالَ عطاءٌ ، والضَّحَّاكُ بنُ قَيْسٍ ، وأبو حَنِيفَةَ ، والزُّهْرِيُّ . وَكَرِهَ الزُّهْرِيُّ ، وإِسحاقُ تَعْلِيمَ القُرْآنِ بِأَجْرٍ . وقالَ عبدُ اللَّهِ بنُ شَقِيقٍ : هذه الرُّغْفُ التي يَأْخُذُها المُعَلِّمُونَ مِنَ السُّحْتِ . وَمِمَّنْ كَرِهَ أَجْرَةَ التَّعْلِيمِ^(٥١) معَ الشَّرْطِ : الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وطَاوُسٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، يَجُوزُ ذلكَ . حَكَاهَا أبو الحَطَّابِ . ونَقَلَ أبو طَالِبٍ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ قالَ : التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِهَوْلِ السُّلَاطِينِ ، وَمِنْ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِرَجُلٍ مِنْ عَائَةِ النَّاسِ فِي ضِمَّةٍ ، وَمِنْ أَنْ يَسْتَعِينُ وَيَتَجَرَّ ، لَعَلَّهُ لَا يَقْدِرُ على الوَفَاءِ ، فَيَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى بِأَمَانَةٍ النَّاسِ ، التَّعْلِيمُ أَحَبُّ إِلَيَّ . وهذا يَدُلُّ على أَنَّ مَنعَهُ منه في مَوْضِعٍ مَنعُهُ لِلْكَرَاهَةِ ،

(٥٠) في الأصل : أصحابه .

(٥١) في الأصل : المعلم .

لِلتَّحْرِيمِ . وَمَنْ أَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَرَخَّصَ فِي أَجْوَرِ الْمُعْلَمِينَ أَبُو قَلَابَةَ وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بِمَا مَعَهُ مِنَ الْقُرْآنِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥٢) . وَإِذَا جَازَ تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ عَوَضًا فِي بَابِ النِّكَاحِ ، وَقَامَ مَقَامَ الْمَهْرِ ، جَازَ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ ^(٥٣) . وَبَيَّنَّ أَنَّ أَبَا سَعِيدٍ رَفَى رَجُلًا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ عَلَى جُعْلٍ فَبَرَأَ ، وَأَخَذَ أَصْحَابُهُ الْجُعْلَ ، فَأَتَوْا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَخَبَرُوهُ ، وَسَلَّوْهُ ، فَقَالَ : « لَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَّ بِرُقِيَّةٍ بَاطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلَتْ بِرُقِيَّةٌ حَقًّا ، كُلُّوا وَاضْرِبُوا إِلَى مَعَكُمْ بِسَنَمِهِ » ^(٥٤) . وَلِذَا جَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الرِّزْقِ عَلَيْهِ مِنْ

(٥٢) أخرجه البخارى ، فى : باب وكالة الامرة الإمام فى النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب تزويج المعسر ... ، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ، وباب السلطان ولي ، وباب إذا قال الخاطب للولي زوجني فلانة ... ، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ١٣٢/٣ ، ٢٣٦/٦ ، ٢٣٧ ، ٨/٧ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤١/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التزويج على العمل بعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٧/١ . والترمذى ، فى : باب مما جاء فى مهر النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٤/٥ ، ٣٥ . والنسائى ، فى : باب الكلام الذى يعتقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٦/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٨/١ . والدارمى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٤٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٤/٥ ، ٣٣٦ .

(٥٣) تقدم ترجمته فى صفحة ٣٩ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب فاتحة الكتاب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب الرق بفاتحة الكتاب ، وباب النفث فى الرقية ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ١٢١/٣ ، ٢٣١/٦ ، ١٧٠/٧ ، ١٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ١٢٢٧/٤ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، فى : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف الرق ، من كتاب الطب . سنن أبى داود ٢٣٧/٢ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويذ ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٢٢٣/٨ . =

يَسْتِ الْمَالِ ، فَجَازَ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ ، كِبَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يُحْتَاجُ إِلَى الْإِسْتِنَافَةِ فِي الْحَجِّ عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَعَمَزَ عَنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَكَادُ يُوجَدُ مُتَّبِعٌ بِذَلِكَ ، فَيُحْتَاجُ إِلَى بَذْلِ الْأَجْرِ فِيهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، مَا رَوَى عَنْهُ بَنُ أَبِي الْعَاصِرِ ، قَالَ : إِنْ آجَرَ مَا عَاهَدَ إِلَى / النَّبِيِّ ﷺ ، أَنْ اتَّخِذَ مُؤَدَّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا . قَالَ التِّرْمِذِيُّ (٥٥) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ ، قَالَ : عَلَّمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْقُرْآنَ وَالْكِتَابَةَ ، فَأَهْدَى إِلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ قَوْسًا ، قَالَ : قُلْتُ : قَوْسٌ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ . قَالَ : قُلْتُ : أَتَقْلُدُهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ . وَقَصَّ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، قَالَ : « إِنْ سَرَّكَ أَنْ يُقْلَدَكَ اللَّهُ قَوْسًا مِنْ نَارٍ ، فَاقْبَلْهَا » (٥٦) . وَعَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، أَنَّهُ عَلَّمَ رَجُلًا سُورَةَ مِنَ الْقُرْآنِ ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ خَمِيصَةً (٥٧) . أَوْ ثَوْبًا ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « لَوْ أَنَّكَ لَيْسَتْهَا ، أَوْ أَخَذْتُهَا ، أَلَيْسَ اللَّهُ مَكَانَهَا ثَوْبًا مِنْ نَارٍ » (٥٨) . وَعَنْ أَبِي ، قَالَ : كُنْتُ أُخْتَلِفُ إِلَى رَجُلٍ مُسِينٍ ، قَدْ أَصَابَتْهُ عِلَّةٌ ، قَدْ اخْتَبَسَ فِي بَيْتِهِ أَقْرَبُ الْقُرْآنِ ، فَكَانَ عِنْدَ فَرَاغِهِ مِمَّا أَقْرَبُ يَقُولُ لِجَارِيَةٍ لَهُ : هَلُمِّي بِطَعَامٍ أَحْيَى . فَيُؤْتِي بِطَعَامٍ لَا آكُلُ مِثْلَهُ بِالْمَدِينَةِ ، فَحَاكَ فِي نَفْسِي مِنْهُ

= وابن ماجه ، في : باب أجر الرّاق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . أما قوله : « لعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق » . فأخرجها أبو داود في قصة الرجل المغتوه ، في : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٨/٢ . وليست من رواية أبي سعيد .

(٥٥) أخرجه الترمذی ، في : باب في كراهية أن يأخذ على الأذان أجراً ، من أبواب الصلاة . عارضة الأحوذی ١١/٢ . والنسائي ، في : باب اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجراً ، من كتاب الأذان . المجتبى ٢/٢٠ . وابن ماجه ، في : باب السنة في الأذان ، من كتاب الأذان . سنن ابن ماجه ٢٣٦/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٧/٤ .

(٥٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب المعلم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٣٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ . والحاكم ، في : باب نبی النبی ﷺ أن تباع السلع حيث يتباع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم ، من كتاب البيوع . المستدرک ٤١/٢ . (٥٧) الخميصة : ثوب أسود أو أحمر له أعلام .

(٥٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢ .

شيء ، فذكرته للنبي ﷺ ، فقال : « إِنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعَامُ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ ، فَكُلْ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ يَتَجَفَّكُ بِهِ ، فَلَا تَأْكُلْهُ » . وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاري ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « أَقْرَأُوا الْقُرْآنَ ، وَلَا تَغْلُوا فِيهِ ، وَلَا تَجْفُوا عَنْهُ ، وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلَا تَسْتَكْبِرُوا بِهِ »^(٥٩) . رَوَى هَذِهِ الْأَحَادِيثُ كُلُّهَا الْأَثَرُ^(٦٠) ، فِي « سُنَنِهِ » . وَلَأنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ هَذِهِ الْأَفْعَالِ ، كَوْنُهَا قُرْبَةً إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزْ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، كَالوَاسِطَةِ قَوْمًا يُصَلُّونَ خَلْفَهُ الْجُمُعَةَ أَوْ التَّارَوِيحَ . فَأَمَّا الْأَخْذُ عَلَى الرُّقِيَّةِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ اخْتَارَ جَوَازَهُ ، وَقَالَ : لَا بَأْسَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ أَبِي سَعِيدٍ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مَا اخْتَلَفَ فِيهِ ، أَنَّ الرُّقِيَّةَ تَوْعُّ مَدَاوِةً ، وَالْمَدَاوِةُ عَلَيْهَا جُعِلَ ، وَالْمَدَاوِةُ يَنَاحُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهَا ، وَالْجَعَالَةُ أَوْسَعُ مِنَ الْإِجَارَةِ ، وَلِهَذَا تَجُوزُ مَعَ جَهَالَةِ الْعَمَلِ وَالْمُدَّةِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ » . يَعْنِي بِهِ الْجُعْلُ أَيْضًا فِي الرُّقِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ ذَلِكَ^(٦١) فِي سِيَاقِ خَبَرِ الرُّقِيَّةِ . وَأَمَّا جُعْلُ التَّعْلِيمِ صَدَاقًا^(٦٢) فَعَنَّهُ فِيهِ^(٦٣) اخْتِلَافٌ ، وَلَيْسَ فِي الْخَبَرِ تَصْرِيحٌ بِأَنَّ التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ ، إِنَّمَا قَالَ : « زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ زَوَّجَهُ بِهَا بِغَيْرِ صَدَاقٍ ، لِأَنَّهُمَا لَهُ ، كَمَا زَوَّجَ أَبَا طَلْحَةَ أُمَّ سَلِيمٍ عَلَى إِسْلَامِهِ^(٦٤) ، وَنُقِلَ عَنْهُ جَوَازُهُ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَهْرِ وَالْأَجْرِ ، أَنَّ الْمَهْرَ لَيْسَ بِعَوَضٍ مُخَصَّرٍ ، وَإِنَّمَا وَجِبَ نَحْلُهُ وَوُصِّلَتْ ، وَلِهَذَا جَازَ خُلُوقُ الْعَقْدِ عَنْ تَسْمِيَّتِهِ ، وَصَحَّ مَعَ فَسَادِهِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ فِي غَيْرِهِ ، فَأَمَّا الرِّزْقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، فَيَجُوزُ عَلَى مَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِذَا كَانَ يَذُلُّ لِمَنْ يَتَعَدَّى نَفْعُهُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مُتَحَاجًّا^{ظ ١٣٠/٥} إِلَيْهِ ، كَانَ مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَكَانَ لِلْأَخِذِ لَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْوَقْفِ عَلَى مَنْ يَقُومُ بِهِذِهِ الْمَصَالِحِ ، بِخِلَافِ الْأَجْرِ .

(٥٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٣ ، ٤٤٤ .

(٦٠) في ب زيادة : « بإسناده » .

(٦١) في م زيادة : « أيضا » .

(٦٢ - ٦٣) في ب ، م : « ففيه » .

(٦٣) انظر : الإصابة ٢٢٨/٨ .

فصل: فَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلَّمُ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ جَوَازُهُ . وَقَالَ ،
 فِيمَا نَقَلَ عَنْهُ أَيُّوبُ بْنُ سَافَرٍ ^(٦٤) : لَا يُطْلَبُ ، وَلَا يُشَارِطُ ، فَإِنْ أُعْطِيَ شَيْئًا
 أَخَذَهُ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ : أَكْرَهُ أَجْرَ الْمُعَلَّمِ إِذَا شَرَطَ . وَقَالَ : إِذَا كَانَ
 الْمُعَلَّمُ لَا يُشَارِطُ ، وَلَا يُطْلَبُ مِنْ أَحَدٍ شَيْئًا ، إِنْ أَتَاهُ شَيْءٌ قَبْلَهُ . كَأَنَّهُ يَرَاهُ أَهْوَنَ .
 وَكَرِهَهُ ^(٦٥) طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ اللَّتَيْنِ
 أُعْطِيَهُمَا أَبِي وَعُبَادَةُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلَأنَّ ذَلِكَ قُرْبَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهَا ،
 لَا بِشَرْطٍ وَلَا بِغَيْرِهِ ، كَالصَّلَاةِ وَالصَّيَامِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَتَاكَ
 مِنْ هَذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَلَا إِشْرَافِ نَفْسٍ ، فَخُذْهُ ، وَتَمَوَّلْهُ ؛ فَإِنَّهُ رِزْقُ سَاقَةِ
 اللَّهِ إِلَيْكَ » ^(٦٦) . وَقَدْ أَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَبِي فِي أَكْلِ طَعَامِ الذِّي كَانَ يُعَلِّمُهُ ، إِذَا
 كَانَ طَعَامَهُ وَطَعَامَ أَهْلِهِ . وَلَأنَّهُ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، كَانَ هِبَةً مُجَرَّدَةً ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ
 لَمْ يُعَلِّمُهُ شَيْئًا . فَأَمَّا حَدِيثُ الْقَوْسِ وَالْحَمِيصَةِ ، فَقَضِيَّتَانِ فِي غَيْرِنِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ عَلِمَ أَنَّهُمَا فَعَلَا ذَلِكَ اللَّهُ تَعَالَى ، فَكَرِهَ أَخْذَ الْعَوَضِ عَنْهُ ^(٦٧) مِنْ غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى .
 وَيَحْتَمِلُ غَيْرَ ذَلِكَ . وَإِنْ أُعْطِيَ الْمُعَلَّمُ أَجْرًا عَلَى تَعْلِيمِ الصَّبِيِّ الْحَفِظَ وَحِفْظِهِ ، جَازَ .
 نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْمُعْطَى يَتَوَى أَنْ يُعْطِيَهُ لِحِفْظِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيمِهِ ، فَأَرْجُو
 إِذَا كَانَ كَذَا . وَلَأنَّ هَذَا مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ مُفْرَدًا ، فَجَازَ مَعَ غَيْرِهِ ، كَسَائِرِ
 مَا يَجُوزُ الِاسْتِجَارُ عَلَيْهِ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَ إِمَامُ الْمَسْجِدِ قِيَمًا لَهُ ، يُسْرَجُ قَنَادِيلُهُ ،
 وَيَكْنُسُهُ ، وَيُغْلَقُ بَابُهُ وَيُفْتَحُهُ ، فَأَخْذُ أَجْرٍ أَعْلَى خِدْمَتِهِ ، أَوْ كَانَ النَّائِبُ فِي الْحَجِّ يَخْدُمُ

(٦٤) أَيُّوبُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَافَرٍ ، انْتَقَلَ إِلَى الرَّمْلَةِ ، وَحَدَّثَ بِهَا وَمَعَصَرٍ ، وَحَدَّثَ بِمَسَائِلَ كَثِيرَةٍ صَالِحَةٍ
 عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، وَتَوَفَّى بِدِمَشْقَ سَنَةِ تِسْعٍ وَخَمْسِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١/١١٧ ، ١١٨ .

(٦٥) فِي ب ، م : « وَكَرِهَهُ » .

(٦٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٩٢ ، ٣٢٣ ، ٤٩٠ ، ٢٢١/٤ ، ٦٥/٥ ، ٧٧/٦ ، ٢٥٩ ،

٣٦٧ .

(٦٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

المُسْتَيْبِبَ لَهُ فِي طَرِيقِ الْحَجِّ ، وَيُسْتَذَلُّهُ ، وَيَرْفَعُ حِمْلَهُ ، وَيُحُجُّ عَنْ أَبِيهِ ، فَدَفَعَ لَهُ أَجْرًا لِيُخْدَمَهُ ، لَمْ يَمْتَنِعْ ^(٦٨) ذَلِكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وما لا يختصُّ فاعله أن يكون من أهل القرية ، كتعليم الخط والحساب والشعر المباح ، وأشباهه ، وبناء المساجد والقنابر ، جاز أخذ الأجر عليه ؛ لأنه يقع تارة قرية ، وتارة غير قرية ، فلم يمتنع من الاستعجار لفعله ، كغرس الأشجار ، وبناء البيوت . وكذلك في تعليم الفقه والحديث . وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة ، كالصيام ، وصلاة الإنسان لنفسه ، وحججه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه ، فلا يجوز أخذ الأجر عليها ، بغير خلاف ؛ / لأن الأجر عوض الانتفاع ، ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع ، فأشبهه إجارة الأعيان التي لا تنفع فيها .

فصل : إذا اختلفا في قدر الأجر ، فقال : أجر ثوبها سنة بدينار . قال : بل بدينارين . تحالفا ، ويبدأ بيمين الأجر . نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي ؛ لأن الإجارة نوع من البيع ، فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة ^(٦٩) فسحا العقد ، ورجع كل واحد منهما في ماله . وإن رضي أحدهما بما خلف عليه الآخر ، قرر العقد . وإن فسحا العقد بعد المدة أو شيء منها ، سقط المسمى ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه . وهذا قول الشافعي . وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله . وقال أبو ثور : القول قول المستأجر ؛ لأنه منكّر للزيادة في الأجر ، والقول قول المنكر . ولنا ، أن الإجارة نوع من البيع ، فيتحالفا عند اختلافهما في عوضها ، كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة . وقال ابن أبي موسى : القول قول المالك ؛ لقول النبي

(٦٨) في الأصل : « يمنع » .

(٦٩) في الأصل زيادة : « ثم » .

عليه السلام : « إِذَا اختلفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، فالقول قول (٧٠) البائع » (٧١) . وهذا يَحْتَمِلُ أن يُريدَ به إذا اختلفَا في المدة ، وأما إذا اختلفَا في العوض ، فالصحيح أَنهما يَتَحَالَفَانِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإن اختلفَا في المدة ، فقال : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قال : بل سَتَيْنِ بِدِينَارَيْنِ . فالقول قول المالك ؛ لأنه مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، فكان القول قوله فيما أُنْكَرَهُ ، كما لو قال : بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِمِائَةٍ . قال : بل هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . وإن قال : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . قال : بل سَتَيْنِ بِدِينَارٍ . فهنا اختلفَا في قَدْرِ الْعَوْضِ وَالْمُدَّةِ جَمِيعًا ، فَيَتَحَالَفَانِ ؛ لأنه لم يُوجَدْ الاِتِّفَاقُ مِنْهُمَا عَلَى مُدَّةٍ بِعَوْضٍ ، فصَارَ كَالْوِاخْتِلَافِ فِي الْعَوْضِ مَعَ اتِّفَاقِ الْمُدَّةِ . وإن قال المالك : أَجْرْتُكَهَا سَنَةً بِدِينَارٍ . فقال السَّائِكُنُ : بل اسْتَأْجَرْتَنِي عَلَى حِفْظِهَا بِدِينَارٍ . فقال أحمد : القول قول رَبِّ الدَّارِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلسَّائِكِينَ بَيِّنَةٌ . وذلك لِأَن سَكْنَى الدَّارِ قَدْ وَجَدَ مِنَ السَّائِكِينَ ، وَاسْتِيفَاءُ مَنَفْعَتِهَا وَهِيَ مِلْكٌ صَاحِبِهَا ، والقول قوله فِي مِلْكِهِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ اسْتِجَارِ السَّائِكِينَ فِي الْحِفْظِ ، فكان القول قول من يَنْفِيهِ .

فصل : وإن اختلفَا فِي التَّعْدَى فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، فالقول قول المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنه مُؤْتَمَّنٌ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعُدْوَانِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنَ الضَّمَانِ .

(٧٠) في الأصل : « ما قال » .

(٧١) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٢٧١/٥ . وابن ماجه ، في : باب البيعان يختلفان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ . والدارمی ، في : باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، في : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧١/٢ .

وإن ادَّعى أنَّ العَبْدَ أبقَى من يده ، وأن الدَّابَّةَ شَرَدَتْ أو تَفَقَّتْ ، وأنَّكَرَ الْمُؤَجِّرُ ، فعن أحمدَ رَوَاتَيْنِ ؛ / إحداهما ، أنَّ القَوْلَ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولا أَجْرَ عليه إذا ١٣١/٥ ظ حَلَفَ أَنَّهُ ما انتَفَعَ بها ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الانتِفَاعِ . والثانية ، القَوْلُ قولُ الْمُؤَجِّرِ ؛ لأنَّ الأصلَ السَّلَامَةُ . فأما إن ادَّعى أنَّ العَبْدَ مَرَضَ في يده ، نَظَرْنَا ؛ فإن جاء به صَحِيحًا ، فالقولُ قولُ المَالِكِ ، سواءَ وافَقَهُ العَبْدُ أو خَالَفَهُ . نَصَّ عليه أحمدُ . وإن جاء به مَرِيضًا ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ . وهذا قولُ أبي حنيفة ؛ لأنَّهُ إذا جاء به صَحِيحًا فقد ادَّعى ما يَخَالِفُ الأصلَ ، وليس معه دَلِيلٌ عليه ^(٧٢) ، وإن جاء به مَرِيضًا ، فقد وَجَدَ ما يَخَالِفُ الأصلَ يَقِينًا ، فكان القولُ قولَهُ في مَدَّةِ المَرَضِ ؛ لأنَّهُ أَعْلَمُ بذلك ، لِكُونِهِ في يده . وكذلك إن ادَّعى إِبَاقَهُ في حالِ إِبَاقِهِ ، أو جاء به غيرَ أبقَى . ونَقَلَ إسحاقُ ابن منصورٍ ، عن أحمدَ ، أَنَّهُ يَقْبَلُ قولَهُ في إِبَاقِ العَبْدِ ، دُونَ مَرَضِهِ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وإسحاقُ . قال أبو بكرٍ : وبالأوَّلِ أقولُ ؛ لأنَّهُما سواءٌ في تَقْوِيَةِ مَنَعَتِهِ ، فكانا سَوَاءً في دَعْوَى ذلك . وإن هَلَكَتِ العَيْنُ ، فاختَلَفَا في وَقْتِ ^(٧٣) هَلَاكِهَا ، أو أبقَى العَبْدَ ، أو مَرَضَ ، فاختَلَفَا في وَقْتِ ذلك ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ العَمَلِ ولأنَّ ذلك حَصَلَ في يده وهو أَعْلَمُ به .

فصل : إذا دَفَعَ ثَوْبَهُ إلى خَيَاطٍ أو قَصَّارٍ ، لِيَخِيطَهُ أو يَقْصُرَهُ ، من غيرِ عَقْدٍ ولا شَرْطٍ ، ولا تَعْوِضٍ بأَجْرٍ ، مثل أن يقولَ : خُذْ هَذَا فاعْمَلْهُ ، وأنا أَعْلَمُ أَنَّكَ إِنَّمَا تَعْمَلُ بأَجْرٍ . وكان الخَيَاطُ والقَصَّارُ مُتَنَصِّبَيْنِ لذلك ، ففَعَلَا ذلك ، ^(٧٤) فلهما الأَجْرُ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا أَجْرَ لهما ؛ لأنهما فَعَلَا ذلك ^(٧٥) من غيرِ عَوَضٍ جُعِلَ لهما ، فَأَشْبَهَ ما لو تَبَرَّعَا بِعَمَلِهِ . ولنا ، أنَّ العُرْفَ الجارِيَّ بذلك يَقُومُ مَقَامَ القَوْلِ ، فَصَارَ كَنَقْدِ البَلَدِ ، وكما لو دَخَلَ حَمَّامًا ، أو جَلَسَ في سَفِينَةٍ مع مَلَّاحٍ ، ولأنَّ شَاهِدَ الحالِ يَفْتَضِيهِ ، فَصَارَ كالتَعْوِضِ . فأما إن لم يَكُونَا مُتَنَصِّبَيْنِ لذلك ، لم يَسْتَحِقَّا أَجْرًا

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣ - ٧٤) سقط من الأصل . نقل نظر .

إِلَّا بِعَقْدٍ ، أَوْ شَرْطِ الْعَوَضِ ، أَوْ تَعْوِضٍ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرِ عُرْفُ يَقُومُ مَقَامَ الْعَقْدِ ، فَصَارَ كَالْوَثْرِغِ بِهِ ، أَوْ عَمَلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهِ . وَلَوْ دَفَعَ ثُوبًا إِلَى رَجُلٍ لِيَبِيعَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ ^(٧٤) كَالْحُكْمِ فِي الْقَصَارِ ^(٧٥) وَالْحَيَّاطِ ، إِنْ كَانَ مُتَّصِبًا بِبَيْعٍ لِلنَّاسِ بِأَجْرٍ ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَمَتَى دَفَعَ ثُوبَهُ إِلَى أَحَدٍ هَوْلًا ، وَلَمْ يُقَاطِعْهُ عَلَى أَجْرٍ ، فَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الثَّيَابَ تَحْتَلِفُ أَجْرُثُهَا ، وَلَمْ يُعَيَّنْ شَيْئًا ، فَجَرَى مَجْرَى الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الثُّوبُ مِنْ جُرْزِهِ ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، لَا يُضْمَنُ فِي فَاسِدِهِ . وَإِنْ تَلَفَ / ^(٧٥) مِنْ فِعْلِهِ ، بِتَخْرِيقِهِ أَوْ دَفْعِهِ ، ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ بِذَلِكَ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ دَفَعَ ثُوبًا إِلَى قَصَّارٍ لِيَقْصِرَهُ ، وَلَمْ يَقْطَعْ لَهُ أَجْرًا ، بَلْ قَالَ : أَنَا أُعْطِيكَ كَمَا تُعْطَى . وَهَلَكَ الثُّوبُ ، فَإِنْ كَانَ بَحْرَقٍ أَوْ نَحْوِهِ مِمَّا لَا تُجَنَّبُهُ يَدُهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، بَيْنَ الْكِرَاءِ أَوْ لَمْ يُبَيَّنْ ، وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ مَا ذَكَرْتَاهُ .

فصل : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ لَهُ كِتَابًا إِلَى مَكَّةَ أَوْ غَيْرِهَا ، إِلَى صَاحِبٍ لَهُ ، فَحَمَلَهُ ، فَوَجَدَ صَاحِبَهُ غَائِبًا ، فَرَدَّهُ ، اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِحَمْلِهِ فِي الذَّهَابِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ حَمَلَهُ فِي الذَّهَابِ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ صَرِيحًا ، وَفِي الرَّدِّ تَضَمُّنًا ، لِأَنَّ تَقْدِيرَ كَلَامِهِ : وَإِنْ لَمْ تَجِدْ صَاحِبَهُ فَرَدَّهُ . إِذْ لَيْسَ سِوَى رَدِّهِ إِلَّا تَضْيِيعُهُ . فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَرْضَى تَضْيِيعَهُ ، فَتَعَيَّنَ رَدُّهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٧٤ - ٧٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْقَصَّارِ » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « الثُّوبِ » .

كتاب إحياء المَوَاتِ

المَوَاتُ : هو الأرضُ الحَرَابُ الدَّارِسَةُ ، تُسَمَّى مَيِّتَةً وَمَوَاتًا وَمَوَاتًا ، يَفْتَحُ الْجِمْ وَالْوَاوُ ، وَالْمَوَاتَانُ ، بِضَمِّ الْجِيمِ وَسُكُونِ الْوَاوِ : المَوْتُ الذَّرِيْعُ . وَرَجُلٌ مَوَاتَانُ الْقَلْبُ ، يَفْتَحُ الْجِمْ وَسُكُونِ الْوَاوِ ، يَعْنِي : أَعْمَى الْقَلْبَ ، لَا يَفْهَمُ . وَالْأَصْلُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ ، مَا رَوَى جَابِرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ »^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢) صَحِيحٌ . وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ زَيْدٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَلِمٍ حَقٌّ »^(٣) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى مَالِكٌ ، فِي « مُوطِئِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي « سُنَنِهِ » عَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ بَرٍّ ، وَهُوَ مُسْنَدٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ بِالْقَبُولِ عِنْدَ فَقْهَاءِ الْمَدِينَةِ وَغَيْرِهِمْ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ »^(٤) عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قَالَ عُرْوَةُ : وَقَضَى^(٥) بِذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي خِلَافَتِهِ . وَعَامَّةُ فَقْهَاءِ الْأَنْصَارِ عَلَى أَنَّ الْمَوَاتَ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَإِنْ اخْتَلَفُوا فِي شُرُوطِهِ .

(١) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرق والمزارعة . صحيح البخاري ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١٤٩/٦ . والدارمي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة فهي له ، من كتاب البيوع ٢/٢٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨١ ، ٣٨١ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه في : ٥٥٨/٦ .

(٤) في باب : إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرق والمزارعة . صحيح البخاري ١٤٠/٣ ، الإمام مالك ، في : باب القضاء في عمارة الموات ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٤٣ مراسلا . والبيهقي ، في : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤١/٦ .

(٥) سقطت الواو من : ب ، م .

٩١٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ يُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ)

وجملته أَنَّ المَوَاتَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ مِلْكٌ لِأَحَدٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ
أَثَرُ عِمَارَةٍ ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ^(١) ، بغيرِ خِلَافٍ بينِ القَائِلِينَ بِالْإِحْيَاءِ . وَالْأُخْرَى
الَّتِي رَوَيْنَاهَا مُتَّوَلَةً لَهُ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا جَرَى عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛
أَحَدُهَا ؛ مَالُهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا مِلَّكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، فَهَذَا
لَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ، بغيرِ خِلَافٍ . قَالَ / ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ مَا عُرِفَ
بِمِلْكِ مَالِكٍ^(٢) غَيْرِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ لِأَحَدٍ غَيْرِ أَرْبَابِهِ . الثَّانِي ، مَا مِلَّكَ
بِالْإِحْيَاءِ ، ثُمَّ تَرَكَ حَتَّى دَثَّرَ^(٣) وَعَادَ مَوَاتًا ، فَهُوَ كَالَّذِي قَبْلَهُ سَوَاءٌ . وَقَالَ مَالِكٌ :
يُمْلِكُ هَذَا ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »^(٤) . وَلَأَنَّ أَصْلَ هَذِهِ
الْأَرْضِ مُبَاحٌ ، فَإِذَا تَرَكْتُ^(٥) حَتَّى تُصَيِّرَ مَوَاتًا عَادَتْ إِلَى الْإِبَاحَةِ ، كَمَنْ أَخَذَ مَاءً مِنْ
نَهْرٍ ثُمَّ رَدَّهُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أَرْضٌ يُعْرَفُ مَالِكُهَا ، فَلَمْ تُمْلِكْ بِالْإِحْيَاءِ ، كَالَّتِي مُلِكَتْ
بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ، وَالْخَبَرُ مُقَيَّدٌ بِغَيْرِ الْمَمْلُوكِ ، بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الْآخَرَى : « مَنْ أَحْيَا
أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » . وَقَوْلُهُ : « فِي غَيْرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ » . وَهَذَا يُوجِبُ تَقْيِيدَ مُطْلَقِ
حَدِيثِهِ . وَقَالَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ
حَقٌّ » : الْعِرْقُ^(٦) الظَّالِمُ أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ الْأَرْضَ الْمَيْتَةَ لغيرِهِ ، فَيَغْرِسَ فِيهَا . ذَكَرَهُ
سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي « سُنَنِهِ » . ثُمَّ الْحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بِمَا مِلَّكَ بِشِرَاءٍ أَوْ عَطِيَّةٍ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِالْأَخْذِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « دَبَرٌ » .

(٤) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٤٥ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « تَرَكَهُ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ،

فَتَقِيسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ التَّرَاعِ . وَلَأَنَّ سَائِرَ الْأَمْوَالِ لَا يَزُولُ الْمِلْكُ عَنْهَا بِالتَّرَكِّ ، بِذَلِيلِ سَائِرِ الْأَمْلاكِ إِذَا تَرِكَتْ حَتَّى تَشَعَّتْ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْطَلُ بِالمَوَاتِ إِذَا أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ثُمَّ بَاعَهُ ، فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى عَادَ مَوَاتًا ، وَبِاللَّقْطَةِ إِذَا مَلَكَهَا ثُمَّ ضَاعَتْ مِنْهُ ، وَيُخَالَفُ مَاءَ النَّهْرِ ، فَإِنَّهُ اسْتَهْلَكَ . النَّوعُ الثَّانِي ، مَا يُوجَدُ فِيهِ آثَرُ مِلْكٍ قَدِيمٍ جَاهِلِيٍّ ، كَأَثَرِ الرُّومِ ، وَمَسَاكِينِ ثُمُودَ ، وَنَحْوِهَا ، فَهَذَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمِلْكَ لَا حُرْمَةَ لَهُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ طَاوُسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ لَكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدُ (٧) بَنُ مَنصُورٍ (٧) ، فِي « سُنَنِ » ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » (٨) . وَقَالَ : عَادَى الْأَرْضَ : الَّتِي كَانَ بِهَا سَاكِنٌ فِي آبَادِ النَّهْرِ ، فَانْقَرَضُوا ، فَلَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أُنَيْسٌ ، وَإِنَّمَا نَسَبَهَا إِلَى عَادٍ ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَعَ تَقَدُّمِهِمْ ذَوِي قُوَّةٍ وَيَطْشُ وَآثَرٌ كَثِيرَةٌ ، فَنُسِبَ كُلُّ آثَرٍ قَدِيمٍ إِلَيْهِمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ كُلَّ مَا فِيهِ آثَرُ الْمِلْكِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ زَوَالُهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، أَنَّهُ لَا يُمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَخَذُوهُ عَامِرًا ، فَاسْتَحَقُّوه ، فَصَارَ مَوْقُوفًا بِوَقْفِ عَمَرٍ لَهُ ، فَلَمْ يُمْلِكْ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ مَالِكُهُ . النَّوعُ الثَّلَاثُ ، مَا جَرَى عَلَيْهِ الْمِلْكُ فِي الْإِسْلَامِ لِمُسْلِمٍ ، أَوْ ذِمِّيٍّ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْجَرَفِيِّ أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ، نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ ، وَيُوسُفُ بْنُ مُوسَى ؛ لَمَّا رَوَى كَثِيرٌ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَوْفٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « مَنْ أَحْيَا/أَرْضًا مَوَاتًا ، ١٣٣/٥ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » (٩) . فَقَيَّدَهُ بِكَوْنِهِ فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وَلَأَنَّ هَذِهِ الْأَرْضَ لَهَا مَالِكٌ ، فَلَمْ يَجْزِ إِحْيَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا ، فَإِنَّ مَالِكَهَا إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَهِيَ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ ، وَرَثَتُهَا الْمُسْلِمُونَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّهَا تُمْلِكُ

(٧ - ٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) أَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي : بَابِ الْإِقْطَاعِ ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ فِي إِقْطَاعِهَا ... ، الْأَمْوَالُ ٢٧٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيٌّ بَيْعِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا ، مِنْ كِتَابِ الْحَرْثِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٣٩/٣ ، ١٤٠ .

وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٢/٦ .

بالإحياء . نَقَلَهَا صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وهو مذهبُ أبي حنيفة ، ومالكٍ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
ولأنَّهَا أَرْضُ مَوَاتٍ ، لَا حَقَّ فِيهَا لِقَوْمٍ بِأَغْيَانِهِمْ . أَشْبَهَتْ مَا لَمْ يَجِرْ عَلَيْهِ مِلْكُ مَالِكٍ ،
ولأنَّهَا إِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَهِيَ كَلْقَطَةٍ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي دَارِ الْكُفْرِ ،
فَهِيَ كَالرَّكَازِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ دَارِ الْحَرْبِ وَدَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ،
وَلَأَنَّ عَامِرَ دَارِ الْحَرْبِ إِنَّمَا يَمْلِكُ بِالْقَهْرِ وَالْعَلَّةِ ، كَسَائِرِ أُمُورِهِمْ ، فَأَمَّا مَا عُرِفَ أَنَّهُ
كَانَ مَمْلُوكًا ، وَلَمْ يُعْلَمْ لَهُ مَالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فَهُوَ عَلَى الرَّوَائِطَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا مِلْكُ كَافِرٍ
غَيْرِ مُحْتَرَمٍ ، فَأَشْبَهَ دِيَارَ عَادٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ
وَلِرَسُولِهِ » . وَلَأَنَّ الرَّكَازَ مِنْ أُمُورِهِمْ ، وَيَمْلِكُهُ وَاجِدُهُ ، فَهَذَا أَوْلَى . قُلْنَا : قَوْلُهُ :
« عَادِي الْأَرْضِ » . يَغْنَى مَا تَقَدَّمَ مِنْهُ ، وَمَضَتْ عَلَيْهِ الْأَزْمَانُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ
فَلَا حُكْمَ لِلْمَالِكِ . فَأَمَّا مَا قَرَّبَ مِنْهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ مَالِكًا بَاقِيًا ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعِنِ ، فَلِهَذَا
قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ . عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِطَيْنِ . وَأَمَّا الرَّكَازُ ، فَإِنَّهُ يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، وَهَذَا
بِخِلَافِ^(١٠) الْأَرْضِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لِقَطَةَ دَارِ الْإِسْلَامِ تَمْلِكُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، بِخِلَافِ
الْأَرْضِ .

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ فِي الْإِحْيَاءِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَمْلِكُ الذَّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . قَالَ الْقَاضِي :
وهو مذهبُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوَاتَانِ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ،
ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِثْنَى »^(١١) . فَجَمَعَ الْمَوَاتَانِ ، وَجَعَلَهُ^(١٢) لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَأَنَّ مَوَاتَانِ الدَّارِ
مِنْ حُقُوقِهَا ، وَالدَّارُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ مَوَاتَاهُمَا ، كَمَرَاقِ الْمَمْلُوكِ . وَلَنَا ، عُمُومٌ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَخَالِفُ » .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَتْرَكَ ذِمِّيٌّ بَيْعَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤٣/٦ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ جَعَلَهُ » .

قول النبي ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ». ولأن هذه جهة من جهات التملك ، فاشترك فيها المسلم والذمي ، كسائر جهاته . وحديثهم لا تعرفه ، إنما تعرف قوله : «عَادَى الْأَرْضَ اللَّهُ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هُوَ لَكُمْ يَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ ذِفْنُهَا» (١٣) . هكذا رواه سعيّد بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طائوس ، عن النبي ﷺ . ثم لا يمتنع أن يريد بقوله : «هِيَ لَكُمْ» . أى لأهل دار الإسلام ، والذمي من / أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها . وقولهم : إنها من حقوق دار (١٤) ظ الإسلام . قلنا : وهو من أهل الدار ، فيملكها (١٥) ، كما يملكها بالشرع ، ويملك مباحاتها ، من الحشيش والحطب والصيود والركاز والمعدن واللقطة ، وهى من مرافق دار الإسلام .

فصل : وما قرب من العامر ، وتعلق بمصالحه ، من طرقه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ثرابه وآلاته ، فلا يجوز إحياءه ، بغير خلاف في المذهب . وكذلك ما تعلق بمصالح القرية ، كفنائها ، ومرعى ماشيتها ، ومحتطبها ، وطرقها ، ومسيل مائها ، لا يملك بالإحياء . ولا تعلم فيه أيضا خلافا بين أهل العلم . وكذلك حریم البئر والنهر والعين ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ؛ لقوله عليه السلام : «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ» . مفهومة أن ما تعلق به حق مسلم لا يملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوزنا إحياءه ، لبطل الملك في العامر على أهله . وذكر القاضى أن هذه المرافق لا يملكها المخي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من غيره ؛ لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها . وقال الشافعى : يملك بذلك . وهو ظاهر قول الخرقي في حریم البئر ؛ لأنه مكان استحققه بالإحياء ، فملكه ، كالمخي ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع ، ويختص به صاحبها . فأما ما قرب من العامر ، ولم يتعلق

(١٣) في ب ، م ، : رقبها .

(١٤) سقط من : ب ، م ، .

(١٥) في ب ، م ، : فيملكها .

بِمَصَالِحِهِ ، ففِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، بِجُورِ إِحْيَاؤِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي الصَّفَرِ ، فِي رَجُلَيْنِ أَحْيَا قِطْعَتَيْنِ مِنْ مَوَاتٍ ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا رُقْعَةٌ ، فَنَجَّاهُ رَجُلٌ لِيُحْيِيَهَا ، فَلَيْسَ لَهَا مَنَعَةٌ . وَقَالَ فِي جَبَانَةٍ بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ : مَنْ أَحْيَاها ، فَهِيَ لَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِغُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ ابْنِ الْحَارِثِ الْمُزْنِيَّ الْعَقِيْقَ ^(١٦) ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ بَيْنَ عِمَارَةِ الْمَدِيْنَةِ . وَلِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَمْ يَتَّعَلَّقْ بِهِ ^(١٧) مَصْلَحَةُ الْعَامِرِ ، فَجَازَ إِحْيَاؤُهُ ، كَالْبَعِيدِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَاللَّيْثُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مِظَنَّةٍ تَعَلَّقَ الْمَصْلَحَةُ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْتَاجَ إِلَى فَتْحِ بَابٍ فِي حَائِطِهِ إِلَى فَنَائِهِ ، وَيَجْعَلَهُ طَرِيقًا ، أَوْ يَخْرُبَ حَائِطُهُ ، فَيَضَعُ آلَاتِ الْبِنَاءِ فِي فَنَائِهِ ، وَغَيْرَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَجْزُ تَقْوِيْتُ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الْبَعِيدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا حَدَّ يَفْصِلُ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ سِوَى الْعُرْفِ . وَقَالَ اللَّيْثُ : حَدُّهُ غُلُوٌّ ، وَهِيَ خُمْسُ الْفَرَسَخِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَدُّ الْبَعِيدِ هُوَ / الَّذِي إِذَا وَقَفَ الرَّجُلُ فِي أَذْنَاهُ ، فَصَاحَ بِأَعْلَى صَوْتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْ أَذُنَى أَهْلِ الْمِصْرِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّحْدِيدَ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِالْتَّوْقِيفِ ، وَلَا يُعْرَفُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يَرِدْ مِنَ الشَّرْعِ فِي ذَلِكَ ^(١٨) تَحْدِيدٌ ، فَوَجِبَ أَنْ يَرْجَعَ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ . وَقَوْلُ مَنْ حَدَّدَ هَذَا تَحْكُمًا بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ أَوَّلَى مِنْ تَحْدِيدِهِ بِشَيْءٍ آخَرَ ، كِمِيلٍ وَنِصْفِ مِيلٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَهَذَا التَّحْدِيدُ الَّذِي ذَكَرَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - مُحْتَصَصٌ بِمَا قَرَّبَ مِنَ الْمِصْرِ أَوْ الْقَرْيَةِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حَدُّ الْكُلِّ مَا قَرَّبَ مِنْ عَامِرٍ ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى أَنَّ مَنْ أَحْيَا أَرْضًا فِي مَوَاتٍ ، حَرَّمَ إِحْيَاءَ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ الْمَوَاتِ عَلَى غَيْرِهِ ، مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ ذَلِكَ الْحَدِّ .

و ١٣٤/٥

فصل : وَجَمِيعُ الْبِلَادِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ سَوَاءٌ ، الْمَقْنُوحُ غَنَوَةً كَأَرْضِ الشَّامِ

(١٦) انظر ما تقدم في : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ . وما يأتي في صفحة ١٥٣ .

(١٧) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٨) في ب ، م ، : « لذلك » .

والعراق ، وما أسلم أهلُه^(١٩) عليه كالمدينة ، وما صولح أهلُه على أن الأرض
للمسلمين كأرض خيبر ، إلا الذي صولح أهلُه على أن الأرض لهم ولنا الخراج عنها ،
فإن أصحابنا قالوا : لو دخل فيها^(٢٠) مسلم ، فأحيا فيها مواتا ، لم يملكه ؛ لأنهم
صولحواف بلادهم ، فلا يجوز التعرض لشيء منها ، عامرا كان أو مواتا ، لأن الموات
تابع للبلد ، فإذا لم يملك عليهم البلد لم يملك مواته . ويفارق دار الحرب ، حيث
يملك مواتها ؛ لأن دار الحرب على أصل الإباحة ، وهذه صالحتهم على تركها لهم ،
فحرمت علينا . ويحتمل أن يملكها من أحياها ؛ لعموم الخبر ، ولأنها من مباحات
دارهم ، فجاز أن يملكها من وجد منه سبب تملكها ، كالحيثش والحطاب . وقد
روى عن أحمد ، أنه ليس في السواد موات . يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا
محمول على العامر . ويحتمل أن أحمد قال ذلك ، لكون السواد كان معمورا كله في
زمان عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفار ، حتى بلغنا أن رجلا منهم
سأل أن يعطى خربة ، فلم يجدوا له خربة . فقال : إنما أردت أن أعلمكم كيف
أخذتموها منا . وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون ، لم يصير فيها موات
بعده ، لأن ما دثر^(٢١) من أملاك المسلمين لم يصير مواتا ، على إحدى الروايتين .

فصل : وإن تحجر رجل^(٢٢) مواتا ، وهو أن يشترع في إحيائه ، مثل إن أدار حول
الأرض ترابا أو أحجارا ، أو حاطها بحائط صغير^(٢٣) ، لم يملكها بذلك ؛ لأن الملك
بالإحياء ، وليس هذا بإحياء ، لكن يصير أحق الناس به ؛ لأنه روى عن النبي ﷺ
/ أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ^(٢٤) » . رواه ١٣٤/٥ ظ

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) في الأصل : إليها .

(٢١) في الأصل : دبر .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ - ٢٤) في الأصل : له .

أَبُو دَاوُدَ^(٢٤) . فَإِنْ ثَقَلَهُ إِلَى غَيْرِهِ ، صَارَ الثَّانِي بِمَنْزِلَتِهِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ أَقَامَهُ مُقَامَهُ . وَإِنْ مَاتَ ، فَوَارِثُهُ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ »^(٢٥) . فَإِنْ بَاعَهُ ، لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ بَيْعَهُ ، كَحَقِّ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْأَخْذِ بِهِ ، وَكَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مُبَاحٍ قَبْلَ أَخْذِهِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَهُ ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَخْيَاهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِخْيَاءَ يُمْلِكُ بِهِ ، وَالتَّحْجَرُ^(٢٦) لَا يُمْلِكُ بِهِ ، فَكَبَّتِ الْهِلْكُ بِمَا يُمْلِكُ بِهِ دُونَ مَا لَمْ يُمْلِكْ بِهِ ، كَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ أَوْ مَشْرَعَةٍ مَاءٍ ، فَجَاءَ غَيْرُهُ ، فَأَزَالَهُ وَأَخْذَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ مَقْهُومَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً كَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وَقَوْلُهُ : « فِي حَقِّ غَيْرِ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ »^(٢٧) . أَتَاهَا لَا تَكُونُ لَهُ إِذَا كَانَ لِمُسْلِمٍ فِيهَا

(٢٤) في : باب في انقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أحيا أرضاً ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .
والطبراني في المعجم الكبير ٢٥٥/١ .

(٢٥) أخرجه البخاري ، في : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفي : باب الصلاة على من ترك ديناً ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب قول النبي : من ترك كلاً أو ضياعاً فإلى ، من كتاب النفقات ، وفي : باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فإلهه ، وباب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ٨٧/٧ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، في : باب من ترك مالا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، في : باب في ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في أرزاق الذرية ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١١١/٢ ، ١٢٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء من ترك مالا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٩١/٤ ، ٢٣٩/٨ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣/٤ ، وابن ماجه ، في : باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعل الله وعلى رسول الله ، من كتاب الصدقات ، وفي : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٢٩٦/٣ ، ٣٧١ ، ١٣١/٤ .

(٢٦) في ب ، م : « والحجر » .

(٢٧) تقدم تخريجها في صفحة ١٤٥ ، ١٤٦ .

حَقُّ . وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَرَوَى
سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ
تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَظَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ، فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا . وَهَذَا يُدَلُّ
عَلَى أَنَّ مَنْ عَمَرَهَا قَبْلَ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَ أَحْيَا فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ
يَمْلِكْهُ ، كَالْوَحْيَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ أَسْبَقَ ، فَكَانَ
أَوَّلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدِّمُ عَلَى شِرَاءِ الْمُشْتَرَى . فَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ عَلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ
يَقُولَ لَهُ السُّلْطَانُ : إِمَّا أَنْ تُخَيِّبَهُ ، أَوْ تُتْرَكَ لِيُخَيِّبَهُ غَيْرُكَ . لِأَنَّهُ ضَيَّقَ عَلَى النَّاسِ فِي حَقِّ
مُشْتَرِكٍ بَيْنَهُمْ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ مِنْ ذَلِكَ ، كَالْوَقْفِ فِي طَرِيقِ ضَيْقٍ ، أَوْ مَشْرَعَةِ مَاءٍ ، أَوْ
مَعْدِنٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ (٢٨) ، وَلَا يَدْعُ غَيْرُهُ يَنْتَفِعُ . فَإِنْ سَأَلَ الْإِمَهَالَ لِعُدْلِهِ ، أَمَهَلَ الشَّهْرَ
وَالشَّهْرَيْنِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ فِي مُدَّةِ الْمَهْلَةِ ؛ فَفِيهِ الرَّجْهَانِ اللَّذَانِ
ذَكَرْنَاهُمَا . وَإِنْ تَقَضَّتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُعَمَّرْ ، فَلْيَغْيِرْهُ أَنْ يُعَمَّرَ وَيَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ
ضَرَبَتْ لَهُ لِيَقْطَعَ حَقَّهُ بِمُضِيِّهَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ لَهُ السُّلْطَانُ فِي عِمَارَتِهَا ، أَوْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ .
وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُتَحَجِّرِ عُذْرٌ فِي تَرْكِ الْعِمَارَةِ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُعَمَّرَ ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ يَدُكَ ،
فَإِنْ لَمْ يُعَمَّرْهَا ، كَانَ لَغْيَرِهِ عِمَارَتُهَا ، فَإِنْ لَمْ يُقَلِّ لَهُ شَيْءٌ ، وَاسْتَمَرَّ تَغْيِيلُهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا
عَنْ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا فَعَظَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوهَا ،
فَهُمْ أَحَقُّ بِهَا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلُّهُ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : ولِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ الْمَوَاتِ لِمَنْ يُخَيِّبُهُ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي
الْإِحْيَاءِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالُ بْنُ الْخَارِثِ الْعَقِيقَ أَجْمَعَ / ، فَلَمَّا كَانَ عَمْرُ
قَالَ لِبِلَالٍ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَقْطَعْكَ لِتَحْيِيزِهِ عَنِ النَّاسِ ، لِأَنَّمَا أَقْطَعُكَ لِتُعَمَّرَ ،
فَتُخَذَ مِنْهَا مَا قَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِهِ ، وَرَدَّ الْبَاقِي . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأَمْوَالِ » (٢٩) .

(٢٨) سقط من : ب ، م .

(٢٩) في : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من أقطع قطعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى
١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم في صفحة ١٥٠ .

وَذَكَرَ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِه » : حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، عَنْ رَبِيعَةَ ، قَالَ : سَمِعْتُ الْحَارِثَ بْنَ بِلَالٍ بْنِ الْحَارِثِ ، يَقُولُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بْنَ الْحَارِثِ الْقَبِيْقَ ، فَلَمَّا وَلَّى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا أَقْطَعْتُكَ ^(٣٠) لِتَحْتَجِنَهُ ، فَأَقْطَعُهُ النَّاسَ . وَرَوَى عَلْقَمَةُ بْنُ وَائِلٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَةِ مَوْتٍ ^(٣١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ ابْنِ أَبِي ثَجَّحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ ^(٣٢) جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَأَخْبَوْهَا ، فَخَاصَمَهُمُ الَّذِينَ أَقْطَعَهُمُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمْرِو بْنِ الْخَطَّابِ ، فَقَالَ عُمَرُ : لَوْ كَانَتْ قِطْعَةٌ مِنِّْي أَوْ مِنْ أَبِي بَكْرٍ لَمْ أَرُدَّهَا ، وَلَكِنهَا قِطْعَةٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَنَا أَرُدُّهَا ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ - يَعْنِي مَنْ تَحَجَّرَ أَرْضًا - فَعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فَجَاءَ قَوْمٌ فَعَمَّرُوهَا ، فَهَمَّ أَحَقُّ بِهَا ^(٣٣) .

٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَرْضٌ مِلْحٌ أَوْ مَاءٌ لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَرَّدَ بِهَا الْإِنْسَانُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمَعَادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وَهِيَ الَّتِي يُوصَلُّ إِلَى مَا فِيهَا مِنْ غَيْرِ مُؤْتَةٍ ، يَتَنَابَهَا النَّاسُ ، وَيَتَنَفَّعُونَ بِهَا ، كَالْمِلْحِ ، وَالْمَاءِ ، وَالْكِبْرِيتِ ، وَالْقَبْرِ ^(١) ،

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « أَقْطَعْتَهُ » .

(٣١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي إِقْطَاعِ الْأَرْضِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْإِمَارَةِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْقَطَائِعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٨/٢ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٩/٦ .

(٣٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٣٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً وَمَا يَرْجَى فِيهِ مِنَ الْأَجْرِ ، مِنْ كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ١٤٨/٦ . وَحَمِيدُ بْنُ زَنْجَوَيْهِ ، فِي : بَابِ إِحْيَاءِ الْأَرْضِ وَإِحْيَاظِهَا .. ، مِنْ كِتَابِ أَحْكَامِ الْأَرْضِينَ وَإِقْطَاعِهَا الْأُمُودِ ٦٤٤/٢ .

(١) الْقَبْرِ : الزَّفْتِ .

والمُؤَيَّاتِ^(٢)، والنُّفُطِ، والكُحْلِ، والبرَامِ^(٣)، واليَاقُوتِ، ومَقَاطِعِ^(٤) الطِّينِ،
وأَشْبَاهِ ذَلِكَ، لَا تُثْمَلُكَ بِالْأَحْيَاءِ، وَلَا يَجُوزُ إِقْطَاعُهَا لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلَا اخْتِجَازُهَا
دُونَ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَن فِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُسْلِمِينَ، وَتَضْيِيقٌ عَلَيْهِمْ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ
أَبْيَضَ بْنَ حَمَّالٍ مَعْدِنَ الْمِلْحِ، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ^(٥). رَدَّهُ. كَذَا قَالَ
أَحْمَدُ. وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ، وَأَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦)، بِإِسْنَادِهِمْ، عَنْ أَبِيضَ بْنِ
حَمَّالٍ، أَنَّهُ اسْتَقَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمِلْحَ الَّذِي^(٧) بِمَأْرِبَ، فَلَمَّا وُلِّيَ، قِيلَ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ: أَتَدْرِي مَا أَقْطَعْتَ لَهُ؟ إِنَّمَا أَقْطَعْتَ^(٨) الْمَاءَ الْعِدِّ. فَرَجَعَهُ مِنْهُ. قَالَ:
قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا يَحْصِي مِنَ الْأَرَاكِ؟ قَالَ: «مَا لَمْ تَنْلُهُ^(٩) أَنْخَفَافُ الْإِبِلِ». وَهُوَ
حَدِيثٌ غَرِيبٌ. وَرَوَى فِي لَفْظٍ عَنْهُ، أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَحْصِي فِي الْأَرَاكِ». وَرَوَاهُ
سَعِيدٌ، فَقَالَ: حَدَّثَنِي إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسِ الْمَأْرِبِيِّ^(١٠)، عَنْ
أَبِيهِ، عَنْ أَبِيضَ/بْنِ حَمَّالٍ الْمَأْرِبِيِّ^(١١) قَالَ: اسْتَقَطَعْتُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعْدِنَ الْمِلْحِ. ١٣٥/٥ ظ

(٢) موميا: مادة محمد قصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء، تطلق به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير. الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤.

(٣) البرام: القدور من الحجارة.

(٤) في الأصل: «ومقالع».

(٥) العِدِّ: الجارى.

(٦) أخرجه أبو عبيد، في: باب الإقطاع، من كتاب أحكام الأرضين. الأموال ٢٧٥، ٢٧٦. وأبو داود، في: باب في إقطاع الأرضين، من كتاب الإمامة. سنن أبي داود ١٥٥/٢، ١٥٦. والتِّرْمِذِيُّ، في: باب ما جاء في الإقطاع، من أبواب الأحكام. عارضة الأخوذى ١٤٩/٦، ١٥٠. وابن ماجه، في: باب إقطاع الأنهار والعيون، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٨٢٧/٢. والدارمى، في: باب في القطائع، من كتاب البيوع. سنن الدرامى ٢٦٨/٢.

(٧) سقط من: ١، م.

(٨) في ١، م: «أقطعت له».

(٩) في الأصل: «تبلة».

(١٠) في الأصل: «المازنى». وانظر المشبه للذهبي ٥٦٤.

(١١) في الأصل: «المازنى». وانظر ما سبق.

بِمَارِبٍ ، فَأَقْطَعْنِيهِ ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَاءِ الْعِدِّ . يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ .
 فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « فَلَا إِذْنَ » . وَلِأَنَّ هَذَا تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ
 (١٢) الْعَامَّةُ ، فَلَمْ يَجْزِ إِخْيَاؤُهُ ، وَلَا إِقْطَاعُهُ ، كَمَشَارِعِ الْمَاءِ ، وَطُرُقَاتِ الْمُسْلِمِينَ .
 (١٣) وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا مِنْ مَوَادِّ اللَّهِ الْكَرِيمِ ، وَفِيضِ جُودِهِ الَّذِي لَا غَنَاءَ عَنْهُ ، فَلَوْ
 مَلَكَهُ أَحَدٌ بِالْإِخْتِجَارِ ، مَلَكَ مَنَعَهُ ، فَضَاقَ عَلَى النَّاسِ ، فَإِنْ أَخَذَ الْعَوَضَ عَنْهُ أَغْلَاهُ ،
 فَخَرَجَ عَنِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَهُ اللَّهُ ، مِنْ تَعْيِيمِ ذَوِي الْحَوَائِجِ (١٤) مِنْ غَيْرِ كُفْلَةٍ .
 وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

فصل : فَأَمَّا الْمَعَادِنُ الْبَاطِنَةُ ، وَهِيَ الَّتِي لَا يُوصَلُ إِلَيْهَا إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ،
 كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالنُّحَاسِ ، وَالرُّصَاصِ ، وَالْبُلُورِ ،
 وَالْفَيَّرِ وَزَجَرِ ، فَإِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، لَمْ تُمَلِّكْ أَيْضًا بِالْإِخْيَاءِ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .
 وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ظَاهِرَةً ، فَحَفَرَهَا إِنْسَانٌ وَأَظْهَرَهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا (١٥) بِذَلِكَ ، فِي ظَاهِرِ
 الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهَا بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ
 لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَوَاتٌ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِالْعَمَلِ وَالْمُؤَنَةِ ، فَمِلْكُهَا بِالْإِخْيَاءِ ، كَالْأَرْضِ ،
 وَلِأَنَّهُ بِإِظْهَارِهِ تَهَيُّأٌ لِلانْتِفَاعِ بِهِ ، مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّارِ ذَلِكَ الْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ الْأَرْضَ
 إِذَا جَاءَهَا بِمَاءٍ أَوْ حَاطَهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْإِخْيَاءَ الَّذِي يَمْلِكُ بِهِ ، هُوَ الْعِمَارَةُ الَّتِي
 تَهَيِّأُهَا الْمُحْيِي لِلانْتِفَاعِ مِنْ غَيْرِ تَكَرُّارِ عَمَلٍ ، وَهَذَا حَفَرٌ وَتَحْرِيبٌ (١٦) ، يَخْتِاجُ إِلَى
 تَكَرُّارٍ عِنْدَ كُلِّ انْتِفَاعٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ اخْتَفَرَ بِقَرَأِ مَلِكُهَا ، وَمَلَكَ حَرِيمَهَا . قُلْنَا :
 الْبُيُوتُ تَهَيِّأُ لِلانْتِفَاعِ بِهَا مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ حَفَرٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، وَهَذِهِ الْمَعَادِنُ تَخْتِاجُ عِنْدَ
 كُلِّ انْتِفَاعٍ إِلَى عَمَلٍ وَعِمَارَةٍ ، فَاهْتَرَقًا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهَا ؛

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « الحاجة » .

(١٤) في ب ، م : « تملك » .

(١٥) في ب ، م : « وتحريمه » .

لأنّها لا تُملِكُ بالإحياءِ . والصَّحِيحُ جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ لِبِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ مَعَادِنَ الْقَبِيلَةِ ، جَلَسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا^(١٦) . (رواه أبو داود ، وغيره^(١٧) .

فصل : ومن أحياء أرضاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدنٌ ، ملكه ظاهراً كان أو باطناً ، إذا كان من المعادن الجامدة ؛ لأنّه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها . ويُفارقُ الكثيرُ ؛ فإنّه مُودَعٌ فيها ، وليس من أجزائها . ويُفارقُ ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ؛ لأنّه قُطِعَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ نَفْعاً كَانَ وَاصِلًا إِلَيْهِمْ ، وَمَنْعُهُمْ انْتِفَاعاً كَانَ لَهُمْ ، وَهُنَا لَمْ يَقْطَعْ عَنْهُمْ شَيْئاً ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ظَهَرَ بِإِظْهَارِهِ لَهُ . وَلَوْ تَحَجَّرَ الْأَرْضُ ، أَوْ أَقْطَعَهَا ، / فظهر فيها المعدن قبل إحيائها ، لكان له إحيائها ، ويملكها بما فيها ؛ لأنّه صارَ أَحَقُّ بِهِ بِتَحَجُّرِهِ وَإِقْطَاعِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ إِثْمَامُ حَقِّهِ . وَأَمَّا الْمَعَادِنُ الْجَارِيَةُ ، كَالْقَارِ ، وَالتَّنْفِيطِ ، وَالماءِ ، فَهِيَ يَمْلِكُهَا مَنْ ظَهَرَ فِي مِلْكِهِ ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، لَا يَمْلِكُهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي الْمَاءِ ، وَالْكَأِ ، وَالتَّارِ »^(١٨) . رَوَاهُ الْخَلَّالُ . وَلأنّها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكثير . والثانية ، يملكها ؛ لأنّها خَارِجَةٌ مِنْ أَرْضِهِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ ، فَأَشْبَهَتْ الزَّرْعَ وَالْمَعَادِنَ الْجَامِدَةَ .

فصل : ولو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النبل ، صارَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَى النَّبْلِ صَارَ أَحَقُّ بِالْأَخْذِ مِنْهُ ، مَا دَامَ مُقِيمًا عَلَى الْأَخْذِ مِنْهُ ، وَهِيَ يَمْلِكُهَا بِذَلِكَ ؟ فِيهِ مَا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ حَفَرَ آخَرُ مِنْ نَاحِيَةِ أُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ . وَإِذَا وَصَلَ إِلَى ذَلِكَ الْعِرْقِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ ، سِوَا

(١٦) الجلسي : ما كان من أرض نجد . والغوري : ما كان من بلاد تهامة .

(١٧ - ١٨) سقط من : ب ، م ،

وتقدم تخريجه في : ٢٤٠ / ٤ ، ٢٤١ .

(١٨) تقدم تخريجه في : ١٤٦ / ٦ .

قُلْنَا : إِنَّ الْمَعْدِنَ يُمْلِكُ بِحَفَرِهِ . أَوْ لَمْ نُقَلْ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ مَلَكَه ، فَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَكَانَ الَّذِي حَفَرَهُ ، وَأَمَّا الْعِرْقُ الَّذِي فِي الْأَرْضِ فَلَا يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ : وَمَنْ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، فَلَهُ أَخْذُهُ . وَلَوْ ظَهَرَ فِي مِلْكِهِ مَعْدِنٌ ، بَحِثُ يَخْرُجُ التِّلْهُ عَنْ أَرْضِهِ ، فَحَفَرَ إِنْسَانٌ مِنْ خَارِجِ أَرْضِهِ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا خَرَجَ عَنْ أَرْضِهِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ ، إِنَّمَا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ أَجْزَاءِ أَرْضِهِ ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَا كَانَ دَاخِلًا فِي أَرْضِهِ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَا لَا يَمْلِكُ أَخْذَ أَجْزَائِهَا الظَّاهِرَةِ . وَلَوْ حَفَرَ كَافِرٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ مَعْدِنًا ، فَوَصَلَ إِلَى التِّلْهِ ، ثُمَّ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ عَنُوتَهُ ، لَمْ تَصِرْ غَنِيمَةً ، وَكَانَ وُجُودُ عَمَلِهِ وَعَدَمُهُ وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ عَامِرَهُ لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، وَلَوْ مَلَكَه فَإِنَّ الْأَرْضَ كُلَّهَا تَصِيرُ وَقْفًا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَهَذَا يَنْصَرِفُ إِلَى مَصْلَحَةٍ مِنْ مَصَالِحِهِمْ ، فَتُعَيَّنُ لَهَا ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ بِفِعْلٍ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ كَانَ فِي الْمَوَاتِ مَوْضِعٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَحْدُثَ فِيهِ مَعْدِنًا ظَاهِرًا ، كَمَوْضِعٍ عَلَى شَاطِئِ^(١٩) الْبَحْرِ ، إِذَا صَارَ^(٢٠) فِيهِ مَاءُ الْبَحْرِ صَارَ مِلْحًا ، مُلْكٌ بِالْإِحْيَاءِ ، وَجَازَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُضَيِّقُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بِإِحْدَاثِهِ ، بَلْ يَحْدُثُ نَفْعُهُ بِفِعْلِهِ ، فَلَمْ يُنْتَعَمْ مِنْهُ ، كَبَقِيَّةِ الْمَوَاتِ ، وَإِحْيَاءُ هَذَا يَتَهَيَّئُ لِمَا يَصْلُحُ لَهُ ، مِنْ حَفْرِ ثَرَايِهِ ، وَتَمْهِيدِهِ ، وَفَتْحِ قَنَازٍ إِلَيْهِ تُصَبُّ الْمَاءُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَهِي بِهَذَا الْإِنْتِفَاعُ بِهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فَعَمِلَ فِيهِ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَمَا حَصَلَ مِنْهُ فَهُوَ لِمَالِكِهِ ، وَلَا أَجْرٌ لِلْغَاصِبِ عَلَى عَمَلِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مِلْكٍ / غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ حَصَدَ زَرْعَ غَيْرِهِ^(٢١) بِغَيْرِ إِذْنِهِ^(٢٢) . وَإِنْ قَالَ مَالِكُهُ : اْعْمَلْ فِيهِ ، وَلَكَ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ . فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا شَيْءَ لِصَاحِبِ الْمَعْدِنِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةٌ مِنْ مَالِكِهِ ، فَمَلَكَ مَا أَخْذَهُ ، كَمَا لَوْ أَبَاحَهُ الْأَخْذُ مِنْ دَارِهِ أَوْ بُسْتَانِهِ . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ ، عَلَى أَنَّ مَارَزَقَ اللَّهُ مِنْ تِلْهِ

(١٩) فِي الْأَصْلِ : شَطْءٌ .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : حَصَلَ .

(٢١) - (٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

كان يَنْتَازِعُ نِصْفَيْنِ . فَعَمِلَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، وَمَا يَأْخُذُهُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا . كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ : اخْصُدْ هَذَا الزَّرْعَ يَنْصِفُهُ أَوْ ثُلُثَهُ . وَلَأَنَّهُمَا عَيْنٌ تَنْمَى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ الْعَمَلُ فِيهَا يَنْصِفُهُ ، كَالْمُضَارَبَةِ فِي الْأَثْمَانِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ مَجْهُوْلٌ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ إِجَارَةً ؛ لِأَنَّ الْعِوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَالْعَمَلُ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا جَعَالََةً ؛ لِأَنَّ الْعِوَضَ مَجْهُوْلٌ ، وَلَا مُضَارَبَةً ؛ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَصِحُّ بِالْأَثْمَانِ ، عَلَى أَنْ يُرَدَّ رَأْسُ الْمَالِ ، وَتَكُونَ لَهُ حِصَّةٌ مِنَ الرَّبْحِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ هَهُنَا . وَفَارَقَ حَصَادَ الزَّرْعِ يَنْصِفُهُ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ ، وَمَا عَلِمَ جَمِيعُهُ عَلِمَ جُزْؤُهُ ، بِخِلَافِ هَذَا . وَإِنْ قَالَ : اْعْمَلْ فِيهِ كَذَا ، وَلَكَ مَا يَحْصُلُ مِنْهُ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا . أَوْ شَيْئًا مَعْلُومًا . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ لِمَجْهُوْلٍ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَعَامَلَةً كَالْمُضَارَبَةِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَكُونُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ ، لَا ذَرَاهِمَ مَعْلُومَةٍ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَخَذَ مَعْدَنًا مِنْ قَوْمٍ ، عَلَى أَنْ يَعْمُرَهُ ، وَيَعْمَلَ فِيهِ ، وَيُعْطِيَهُمْ أَلْفِي مَنًا^(٢٢) وَأَلْفَ مَنًا صَفْرًا . فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ^(٢٣) وَلَمْ يُرَخَّصْ فِيهِ .

فصل^(٢٤) : إِذَا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَرَ لَهُ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فِي دَوْرٍ كَذَا ، بِدَيْنَارٍ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِجَارَةٌ مَعْلُومَةٌ . وَإِنْ ظَهَرَ عِرْقٌ ذَهَبٍ ، فَقَالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخْرِجَهُ بِدَيْنَارٍ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ مَجْهُوْلٌ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ اسْتَخْرَجْتَهُ فَلَكَ دَيْنَارٌ . صَحَّ ، وَيَكُونُ جَعَالََةً ؛ لِأَنَّ الْجَعَالََةَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ مَجْهُوْلٍ ، إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا .

فصل : وَمَنْ سَبَقَ فِي الْمَوَاتِ إِلَى مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ أَوْ بَاطِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ ؛ الْقَوْلُ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالِهِمْ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(٢٥) . فَإِنْ أَخَذَ قَدْرَ حَاجَتِهِ ، وَارَادَ الْإِقَامَةَ فِيهِ بِحَيْثُ يَمْنَعُ غَيْرَهُ ، مُنِعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ مَا لَا تَنْفَعُ

(٢٢) الْمَنَّا : كَيْلٌ أَوْ مِيزَانٌ .

(٢٣) فِي ب ، م : « الْمَكْرُوهُ » .

(٢٤) لَمْ يَرِدْ هَذَا الْفَصْلُ فِي : الْأَصْلِ .

(٢٥) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

فيه ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَ فِي مَشْرِعَةِ الْمَاءِ لِغَيْرِ حَاجَةٍ . وَإِنْ أَطَالَ الْمَقَامَ وَالْأَخَذَ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُنْتَعَ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ لَهُ . وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يُنْتَعَ ؛ لِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ . وَإِنْ اسْتَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، وَضَاقَ الْمَكَانُ عَنْهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَيَخْتَمِلُ أَنْ يُقَسَّمْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، وَقَدْ تَسَاوَا فِيهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ تَدَاعَا عَيْنًا فِي أَيْدِيهِمَا وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا بِهَا . وَيَخْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَهُ نَظَرًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا رَابِعًا ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ يَنْصِبُ مَنْ يَأْخُذُ لَهَا ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

و ١٣٧/٥

فصل : وما نَضَبَ عنه الماء من الجَزَائِرِ ، لم يَمْلِكْ بالإحياءِ . قال أحمدُ ، في رِوَايَةِ الْعَبَّاسِ ابْنِ مُوسَى ^(٢٦) : إِذَا نَضَبَ الْمَاءُ عَنْ جَزِيرَةٍ ، إِلَى قَنَاةٍ ^(٢٧) رَجُلٍ ، لَمْ يَنْبِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَهُوَ أَنَّ الْمَاءَ يَرْجِعُ . يَعْنِي أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ ، فَإِذَا وَجَدَهُ مَيِّتًا ، رَجَعَ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرِ ، فَأَضَرَّ بِأَهْلِهِ . وَلِأَنَّ الْجَزَائِرَ مَثَبُ الْكَلِّ وَالْحَطَبِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْمَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا جَمْعَ فِي الْأَرَاكِ » ^(٢٨) . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : يَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ أَبَاحَ ^(٢٩) الْجَزَائِرَ . ^(٣٠) يَعْنِي أَبَاحَ مَا يَنْبِتُ ^(٣١) فِي الْجَزَائِرِ مِنَ النَّبَاتِ ، وَقَالَ : إِذَا نَضَبَ الْفَرَاتُ عَنْ شَيْءٍ ، ثُمَّ تَبَتَ فِيهِ ^(٣٢) نَبَاتٌ ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَمَنَعَ ^(٣٣) النَّاسَ مِنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى مِلْكِ الْإِنْسَانِ ، ثُمَّ عَادَ قَضَبَ عَنْهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، فَلَا يَزُولُ مِلْكُهُ بِغَلْيَةِ الْمَاءِ عَلَيْهِ . وَإِنْ

(٢٦) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يحتديهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الخنابلة ٢٣٩/١ .

(٢٧) في ب ، م : « فناء » .

(٢٨) تقدم في صفحة ١٥٥ .

(٢٩) في الأصل زيادة : « ما نبت » .

(٣٠) - (٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) لى ب ، م : « عن » .

(٣٢) في ب ، م : « يمنع » .

كان ما نَضَبَ عنه الماء لا يَنْتَفِعُ به أحدٌ ، فَعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمَارَةً لا تُرَدُّ الماءَ ، مثل أن يَجْعَلَهُ مَزْرَعَةً ، فهو أَحَقُّ به من غيره ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَجِّجٌ لِمَا لَيْسَ لِمُسْلِمٍ فِيهِ حَقٌّ ، فَأُشْبِهَ التَّحَجُّجُ فِي الْمَوَاتِ .

فصل : وما كان من الشُّوَارِعِ والطَّرَاقِ والرُّحَابِ بين العُمَرَانِ ، فليس لأحدٍ إحياءُهُ ، سواءً كان واسعاً أو ضيقاً ، وسواءً ضيقٌ على الناسِ بذلك ^(٣٣) أو لم يُضَيَّقْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَتَعَلَّقَ بِهِ مَصْلَحَتُهُمْ ، فَأُشْبِهَ مَسَاجِدَهُمْ . ويجوزُ الاتِّفَاقُ بِالْقُعُودِ فِي الْوَاسِعِ مِنْ ذَلِكَ لِلْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيَّقُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ ؛ لِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْأَنْصَارِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ عَلَى إِقْرَارِ النَّاسِ عَلَى ذَلِكَ ، مِنْ غَيْرِ انْكَارٍ ، وَلِأَنَّهُ اتِّفَاقٌ مُبَاحٌ مِنْ غَيْرِ إِضْطِرَارٍ ، فَلَمْ يُنْمَعْ مِنْهُ ، كَالْاجْتِيَاذِ ، قَالَ أَحَدُ ، فِي السَّابِقِ إِلَى ذَكَائِمِ السُّوقِ غُدُوَّةٌ : فهو له إِلَى اللَّيْلِ . وَكَانَ هَذَا فِي سُوقِ الْمَدِينَةِ فِيمَا مَضَى . وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنِى مُنَاخٌ مَنْ سَبَقَ » ^(٣٤) . وَلَهُ أَنْ يَظْلَلَ عَلَى نَفْسِهِ ، بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، مِنْ بَارِيَّةٍ ^(٣٥) ، وَتَأْبُوتٍ ، وَكِسَاءٍ ، وَنَحْوِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ الْبِنَاءُ لِادِّكَّةٍ وَلَا غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُضَيَّقُ عَلَى النَّاسِ ، وَيَعْتَرِبُهُ الْمَارَّةُ بِاللَّيْلِ ، وَالضَّرِيرُ فِي اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ ، وَيَنْقَى عَلَى الدَّوَامِ ، فَرِمَا ادَّعَى مِنْكَ بِسَبَبِ ذَلِكَ . وَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِهِ مَا دَامَ فِيهِ ، فَإِنْ قَامَ وَتَرَكَ مَتَاعَهُ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ لغيرِهِ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كَانَ لغيرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ يَدَهُ قَدْ رَأَتْ . وَإِنْ قَعَدَ وَأَطَالَ ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُتَمَلِّكِ ، وَيَخْتَصُّ بِنَفْعِ يُسَاوِيهِ غَيْرُهُ فِي اسْتِحْقَاقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُزَالَ ؛ لِأَنَّهُ سَبَقَ إِلَى مَا / لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . وَإِنْ اسْتَبَقَ اثْنَانِ ١٣٧/٥ ظ

إِلَيْهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُفْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . وَإِنْ كَانَ الْجَالِسُ

(٣٣) مقطوع من : ب ، م .

(٣٤) تقدم تخريجه في ٣٦٧/٦ .

(٣٥) البارية : الحميم .

يُضَيِّقُ عَلَى الْمَارَّةِ ، لَمْ يَجْلُ لَهُ الْجُلُوسُ فِيهِ ، وَلَا يَجْلُ لِلْإِمَامِ تَمَكُّنُهُ بَعْوَضٍ ، وَلَا غَيْرِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ يَتَّبَعِي لَنَا أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ يَبِيعُونَ عَلَى الطَّرِيقِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أَوْ يَكُونُ يُوْذِي الْمَارَّةَ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ ذِكْرُ نَالِهِ . وَقَالَ : لَا يُعْجِئِي الطَّحْنُ فِي الْعُرُوبِ إِذَا كَانَتْ فِي طَرِيقِ النَّاسِ . وَهُوَ السُّفْنُ الَّتِي يُطْحَنُ فِيهَا فِي الْمَاءِ الْجَارِي . إِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ ، لِتَضْيِيقِهَا طَرِيقَ السُّفْنِ الْمَارَّةِ فِي الْمَاءِ . قَالَ أَحْمَدُ : رَبَّمَا غَرِقَتِ السُّفْنُ ، فَأَرَى لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَوَقَّى الشَّرَاءَ مِمَّا يُطْحَنُ بِهَا .

فصل : في القطائع ، وهى ضربان ؛ أحدهما ، إقطاع إزفاقي ، وذلك إقطاع مقاعد السوق ، والطريق الواسعة ، ورحاب المساجد ، التى ذكرنا أن للسابق إليها الجلوس فيها^(٣٦) ، فللا إمام إقطاعها لمن يجلس فيها ؛ لأن له فى ذلك اجتهاداً ، من حيث إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضر بالمارّة ، فكان للإمام أن يجلس فيها من لا يرى أنه يتضرر بجلوسه . ولا يملكها المقطع بذلك ، بل يكون أحق بالجلوس فيها من غيره ، بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع ، سواء ، إلا فى شيء واحد ، وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها ، فلغيره الجلوس فيها ؛ لأن استحقاقه لها يسبقه إليها ، ومقامه فيها ، فإذا انتقل عنها ، زال استحقاقه ، لِرَوَالِ الْمَعْنَى الَّذِي اسْتَحَقَّ بِهِ ، وَهَذَا اسْتَحَقُّ بِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ ، فَلَا يَزُولُ حَقُّهُ بِنَقْلِ مَتَاعِهِ ، وَلَا لغيره^(٣٧) الجلوس فيه ، وحكمه فى التّظليل على نفسه بما ليس ببناء ، ومنعه من البناء ، ومنعه إذا طال مقامه ، حكم السابق ، على ما أسلفناه . الثانى ، إقطاع موات من الأرض لمن يخيها ، فيجوز ذلك ؛ لما روى وإثل بن حنجر ، أن رسول الله ﷺ أقطعهم أرضاً ، فأرسل معاوية أن « أعطه إياه ، أو أعلمه إياه » . حديث صحيح^(٣٨) . وأقطع بلال بن الحارث

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) فى ب ، م : « يضره » .

(٣٨) تقدم شرحه فى صفحة ١٥٣ .

الْمَزْنِيُّ^(٣٩) ، وَأَبِيضَ بْنِ حَمَالٍ الْمَارِبِيُّ^(٤٠) ، وَأَقْطَعَ الزُّبَيْرَ حُضْرَ قَرْسِيهِ^(٤١) ، فَأَجْرَى قَرْسَهُ حَتَّى قَامَ وَرَمَى بِسَوْطِهِ ، فَقَالَ : « أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٤٢) . وَذَكَرَ الْبُخَارِيُّ^(٤٣) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : دَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَنْصَارَ لِيُقْطَعَ لَهُمَ بِالْبَحْرَيْنِ^(٤٤) . فَقَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ : إِنْ فَعَلْتَ ، فَأَكْتُبْ لِإِخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا . وَرَوَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَقْطَعَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ أَرْضًا ، وَأَنَّ عُثْمَانَ أَقْطَعَ خُمْسَةَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ / الزُّبَيْرَ ، وَسَعْدًا ، وَابْنَ مَسْعُودٍ ، وَأَسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَخُبَّابَ بْنَ الْأَرْتِ . وَيُرْوَى عَنْ نَافِعٍ أَيْ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ : إِنْ قَبَلْنَا أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ ، لَيْسَتْ مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ ، وَلَا تُضَرُّ بِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ رَأَيْتَ أَنَّ تُقْطِعْنَهَا أَتَّخِذْ فِيهَا قَصِيلاً^(٤٥) لِيُخِيلَى ، فَأَفْعَلْ . قَالَ : فَكُتِبَ عَمْرُ إِلَى أَيْ مُوسَى : إِنْ كَانَتْ كَمَا يَقُولُ ، فَأَقْطِعْهَا إِيَّاهُ . رَوَى هَذِهِ الْآثَارَ كُلُّهَا أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي « الْأُمُوالِ »^(٤٦) . وَرَوَى سَعِيدٌ ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ أَيْ تَجِيحٍ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضًا^(٤٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ مَنْ أَقْطَعَهُ الْإِمَامَ شَيْئًا مِنَ الْمَوَاتِ ، لَمْ يَمْلِكْهُ بِذَلِكَ ، لَكِنْ يَصِيرُ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، بِذَلِيلٍ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ ، حَيْثُ اسْتَرْجَعَ

(٣٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٥ .

(٤١) حضر فرسه : عدوها ، أي قدر ما تملو عدوة واحدة .

(٤٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في إقطاع الأراضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦/٢ .

(٤٣) في : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٥٠/٣ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١١/٣ .

(٤٤) في الأصل : « البحرين » .

(٤٥) القصيل : ما اقتصل من الزرع أخضر .

(٤٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٣ .

(٤٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٤ .

عمرُ منه ما عَجَزَ عن إحيائه من العقيق ، الذى أَقْلَعَهُ إِيَّاهُ رسولُ الله ﷺ (٤٨) ، ولو ملكه لم يُعْزِ استِزْجَاعُهُ . وردَّ عمرُ أيضًا قِطِيعَةً أبى بكرٍ لِعُيْنَةَ بنِ حِصْنٍ ، فسألَ عُيْنَةُ أبَا بكرٍ أنْ يُجَدِّدَ له كِتَابًا فقال : والله لا أُجَدِّدُ شيئًا رَدَّهَ عمرُ . رَوَاهُ أبو عُبيدٍ (٤٩) . لكنَّ الْمُقْطَعِ بِصِيرٍ أَحَقُّ به من سائرِ الناسِ ، وأولى بإحيائه ، فإنَّ أحياءَهُ ، والأَقَالَ له السُّلْطَانُ : إنَّ أحييته ، والأَقَارِفَ يَدَّكَ عنه . كما قال عمرُ لِيَلَالِ بنِ الْحَارِثِ الْمُزَنِى : إنَّ رسولَ الله ﷺ لم يُقْطِعْكَ لِتُحْجِبَهُ دونِ الناسِ ، وإنَّما أَقْطَعَكَ لِتُعَمَّرَ ، فخذُ منها ما قَدَرْتَ على عِمَارَتِهِ ، وردَّ الباقي . وإن طَلَبَ الْمُهْلَةَ لِعُذْرِ ، أمهلْ بِقَدْرِ ذلك . وإن طَلَبَهَا لِغَيْرِ عُذْرٍ ، لم يُمهَلْ ، على ما ذَكَّرْنَا فى الْمُتَحَجِّجِ . وإن سَبَقَ غَيْرُهُ فَأَحْيَاهُ قَبْلَ أنْ يُقَالَ له شيءٌ ، أو فى مُدَّةِ الْمُهْلَةِ ، فهل يَمْلِكُهُ ؟ على وَجْهَيْنِ . وقد رَوَى عن عمرو ابنِ شُعَيْبٍ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ نَاسًا من جُهْنَةٍ أو مَزِينَةٍ أَرْضًا ، فَعَطَّلُوهَا ، فجَاءَ قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا ، فخاصَمَهُمُ الذين أَقْطَعَهُمُ رسولُ الله ﷺ إلى عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، فقال عمرُ : لو كانت قِطِيعَةٌ مِنِّي ، أو من أبى بكرٍ ، لم أُرَدِّهَا ، وَلَكِنَّهَا قِطِيعَةٌ من رسولِ الله ﷺ ، فأنا أُرَدِّدُهَا ! فذلَّ هذا على أنها إذا كانت قِطِيعَةٌ من غيرِ رسولِ الله ﷺ ، فهى لمن أحيّاها . والثانى ، لا يَمْلِكُهُ ؛ لأنَّهُ تَعَلَّقَ به حَقُّ الْمُقْطَعِ ، ومَفْهُومُ قوله عليه السلام : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِيَ لَهُ » . أَنَّهُ إِذَا تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ مُسْلِمٍ ، لم يُعْزِ إحياءُهَا . وقد ذَكَّرْنَا الوَجْهَيْنِ فى الْمُتَحَجِّجِ ، وهذا مثله . ومذهبُ الشافِعى فى هذا الفصلِ كَنَحْوِ ما ذَكَّرْنَا .

١٣٨/٥ ظ

فصل : وليس للإمامِ إِقْطَاعُ ما لا يجوزُ إحياءُهُ من المعَادِنِ الظَّاهِرَةِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا اسْتَقْطَعَهُ أَبِيضُ بنُ حَمَالٍ المِلْحَ الذى بِمَارِبٍ ، فقيل : يا رسولَ الله : إنَّما أَقْطَعْتَهُ

(٤٨) تقدم تخريجُه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٩) الأموال ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

الماء البعد . رجعه^(٥٠) منه . ولأن في ذلك تضييقاً على المسلمين . وفي إقطاع المعادين الباطلة وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

فصل : ولا ينبغي أن يقطع الإمام أحدًا من الموات ، إلا ما يمكنه إحياءه ، لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً^(٥١) على الناس في حق مشترك بينهم ، بما لا فائدة فيه . فإن فعل ، ثم تبين عجزه عن إحيائه ، استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز^(٥٢) عنه من^(٥٣) عمارته من العقيق ، الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ .

فصل : في الحمي ، ومعناه أن يحمي أرضاً من الموات ، يمنع الناس رعي ما فيها من الكلال ، ليختص بها دونهم . وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك ، فكان منهم من إذا اتجّع بلدًا أوفى بكتاب على نشز ، ثم استعوا . ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء ، فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامة فيما سواه . فنهى رسول الله ﷺ عنه ، لما فيه من التضييق على الناس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق . وروى الصغب بن جثامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . رواه أبو داود^(٥٤) . وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : الْمَاءِ ، وَالنَّارِ ، وَالْكَلَالِ » رواه الحلال^(٥٥) . وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمي ، لما ذكرنا من الخبر والمعنى . فأمّا النبي ﷺ ، فكان له أن يحمي

(٥٠) في ب ، م : « فأرجعه » .

(٥١) في الأصل : « تضييقاً » .

(٥٢ - ٥٣) في ب ، م : « عن » .

(٥٣) تقدم تحريجه في صفحة ١٥٣ .

(٥٤) في : باب في الأرض بمحمي الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٦٠/٢ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب لا حي إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب أهل الدارين يتون ... ،

من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٤٨/٣ ، ٧٤/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨/٤ ، ٧١ ، ٧٣ .

(٥٥) تقدم تحريجه في : ١٤٦/٦ .

لِنَفْسِهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ ؛ لقوله في الخبر : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . لكنّه لم يَحْمِ
لِنَفْسِهِ شَيْئاً ، وإِنَّمَا حَمَى لِلْمُسْلِمِينَ ، فقد رَوَى ابْنُ عَمْرٍ ، قال : حَمَى النَّبِيُّ ﷺ
التَّقِيحَ لِخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ . رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ ^(٥٦) . والتَّقِيحُ ، بالنُّونِ : مَوْضِعٌ يُتَّقَعُ فِيهِ
الماءُ ، فَيَكْثُرُ ^(٥٧) فِيهِ الْخِصْبُ ، لِمَكَانٍ مَا يَصِيرُ فِيهِ مِنَ الْمَاءِ . وَأَمَّا سَائِرُ أَيْمَةِ
المُسْلِمِينَ ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا أَنْفُسَهُمْ شَيْئاً ، وَلَكِنْ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا مَوَاضِعَ تَرَعَى
فِيهَا خَيْلُ الْمُجَاهِدِينَ ، وَتُعْمُ الْجَزْيَةُ ، وَإِبِلُ / الصَّدَقَةِ ، وَضَوَالُ النَّاسِ الَّتِي يَقُومُ الْإِمَامُ
بِحِفْظِهَا ، وَمَا شِئَةُ الضَّعِيفِ مِنَ النَّاسِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَضِيرُّ بِهِ مَنْ سِوَاهُ مِنَ النَّاسِ .
وبهذا قال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي صَحِيحِ قَوْلِهِ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَيْسَ
لِغَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَحْمِيَ ؛ لقوله : « لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ » . وَلَنَا ، أَنَّ عَمْرَ
وَعُثْمَانَ حَمَيَا ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا ، فَكَانَ إِجْمَاعاً . وَرَوَى
أَبُو عُبَيْدٍ ^(٥٨) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَامِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ ، أَحْسَبُهُ عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : أَتَى
أَعْرَابِيٌّ عَمْرَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، بَلَدُنَا قَاتَلْنَا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمْنَا عَلَيْهَا
فِي الْإِسْلَامِ ، عَلَامٌ تَحْمِيهَا ؟ فَأُطْرِقَ عَمْرُ ، وَجَعَلَ يَنْفُخُ ، وَيَقْتُلُ شَارِبَهُ ، وَكَانَ إِذَا
كَرِهَ أَمْرًا قَتَلَ شَارِبَهُ ، وَنَفَخَ . فَلَمَّا رَأَى الْأَعْرَابِيَّ مَا بِهِ جَعَلَ يَرُدُّ ذَلِكَ ، فَقَالَ عَمْرُ :
الْمَالُ مَالُ اللَّهِ ، وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ ، وَاللَّهُ لَوْ لَا مَا أُحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا حَمَيْتُ شَيْئاً
مِنَ الْأَرْضِ فِي شَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : بَلَّغْنِي أَنَّهُ كَانَ يَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ عَلَى أَرْبَعِينَ أَلْفًا
مِنَ الظَّهْرِ . وَعَنْ أَسْلَمَ ، قَالَ : سَمِعْتُ عَمْرَ يَقُولُ لِهَنْئٍ حِينَ اسْتَعْمَلَهُ عَلَى حِمَى
الرَّبَذَةِ ^(٥٩) : يَا هَنْئُ ، أَضْمَمْتُ جَنَاحَكَ عَنِ النَّاسِ ، وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا
مُجَابَةٌ . وَأَدْخَلَ رَبُّ الصَّرِيمَةِ وَالْغَنِيمَةَ ، وَدَعْنِي مِنْ نَعَمِ ابْنِ عَزُوفٍ وَنَعَمِ ابْنِ عَفَّانَ ،

(٥٦) في : باب حمى الأرض ذات الكلاء أو الماء . الأموال ٢٩٨ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٥/٢ ، ١٥٧ .

(٥٧) في الأصل : ١ ليكثر .

(٥٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلاء أو الماء . الأموال ٢٩٩ .

(٥٩) الربذة : موضع قرب المدينة .

فإنَّهَما إِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُما رَجَعَا إِلَى نُحْلٍ وَزَرْعٍ ، وَإِنْ هَذَا الْمُسْكِينُ إِنْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ ، جَاءَ يَصْرُخُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ . فَالْكَلاَّهُونَ عَلَى أُمِّ غُرْمِ الذَّهَبِ وَالزُّورِقِ ، إِنَّهَا أَرْضُهُمْ قَاتِلُوا عَلَيْهَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَسْلَمُوا عَلَيْهَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَإِنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أَنَّا نَظْلِمُهُمْ ، وَلَوْلَا النِّعَمُ الَّتِي يُحْمَلُ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، مَا حَمَيْتُ عَلَى النَّاسِ مِنْ بِلَادِهِمْ شَيْئاً أَبَداً . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ . وَلَأنَّ مَا كَانَ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، قَامَتِ الْأَئِمَّةُ فِيهِ مَقَامَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَقَدَرُوا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَا أَطْعَمَ اللَّهُ لِنَبِيِّ طُعْمَةً إِلَّا جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ » (١٠) . وَأَمَّا الْخَبَرُ فَمَخْصُوصٌ ، وَأَمَّا حِمَاةُ لِنَفْسِهِ ، فَيَفَارِقُ حِمَى النَّبِيِّ ﷺ لِنَفْسِهِ ، لِأَنَّ صَلَاحَهُ يَعُودُ إِلَى صَلَاحِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَالُهُ كَانَ يَرُدُّهُ فِي الْمُسْلِمِينَ ، فَفَارَقَ الْأَئِمَّةُ فِي ذَلِكَ ، وَسَاوَوْهُ فِيمَا كَانَ صَلَاحُ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَحْمُوا إِلَّا قَدَرًا لَا يُضَيِّقُ (١١) عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَيَضُرُّهُمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا جازَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ لِمَا يَحْمَى ، وَلَيْسَ مِنَ الْمَصْلَحَةِ إِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى أَكْثَرِ النَّاسِ .

فصل : وَمَا حَمَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ ، وَلَا تَغْيِيرُهُ ، مَعَ بَقَاءِ الْحَاجَةِ ١٣٩/٥ ط
إِلَيْهِ . وَمِنْ أَحْيَانِهِ شَيْئاً لَمْ يَمْلِكْهُ . وَإِنْ زَالَتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، فَقَبِيهِ وَجْهَانِ . وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، فَغَيْرُهُ هُوَ أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ ، جازَ . وَإِنْ أَحْيَاهُ إِنْسَانٌ ، مَلَكُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حِمَى الْأَئِمَّةِ اجْتِهَادٌ ، وَمِلْكُ الْأَرْضِ بِالْإِحْيَاءِ نَصٌّ ، وَالنَّصُّ يُقَدِّمُ عَلَى الْاجْتِهَادِ . وَالْوَجْهَ الْآخَرَ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ اجْتِهَادَ الْإِمَامِ لَا يَجُوزُ نَقْضُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ نَقْضُ حُكْمِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَا .

فصل : فِي أَحْكَامِ الْمِيَاهِ ، قَدْ ذَكَّرْنَا فِي الْبَيْعِ حُكْمَ مِلْكِهَا وَبَيْعِهَا ، وَتَذَكَّرْ هُنَا حُكْمَ السَّقْيِ بِهَا . فَنَقُولُ : لَا يَخْلُو الْمَاءُ مِنْ حَالَتَيْنِ ؛ إمَّا أَنْ يَكُونَ جَارِيًا ، أَوْ واقِفًا ، فَإِنْ كَانَ جَارِيًا فَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ قَسَمَانِ ؛

(٦٠) أخرجه أبو داود ، في : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمامة . سنن أبي داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١ .

(٦١) في ب ، م زيادة : « به » .

أحدهما ، أن يكون نَهْرًا عَظِيمًا ، كالتَّيْلِ والفَرَاتِ ودِجْلَةَ ، وما أَشَبَّهَهَا مِنَ الأنْهَارِ العَظِيمَةِ ، الَّتِي لَا يَسْتَضِيرُّ أَحَدٌ بِسَقْيِهِ مِنْهَا ، فَهَذَا لَا تَزَاحَمُ فِيهِ ، وَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْقَى مِنْهَا مَا شَاءَ ، مَتَى شَاءَ ، وَكَيْفَ شَاءَ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ النَّاسُ فِيهِ ^(٦٢) ، وَيَتَشَاوَحُونَ فِي مَائِهِ ، أَوْ سَيْلًا ^(٦٣) يَتَشَاوَحُ فِيهِ أَهْلُ الْأَرْضِ ^(٦٤) الشَّارِبَةُ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ يُدْأَبُ بَعْنٌ فِي أَوَّلِ النَّهْرِ ، فَيَسْقَى وَيَخْبِسُ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْكَعْبِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ إِلَى الَّذِي يَلِيهِ فَيَصْنَعُ كَذَلِكَ ، وَعَلَى هَذَا إِلَى أَنْ تَنْتَهِيَ الْأَرْضُ كُلُّهَا . فَإِنْ لَمْ يُفْضَلْ عَنِ الْأَوَّلِ شَيْءٌ ، أَوْ عَنِ الثَّانِي ، أَوْ عَمَّنْ يَلِيهِمْ فَلَا شَيْءَ ^(٦٥) لِلْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٦٦) لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا مَا فَضَّلَ ، فَهَمُ كَالْعَصْبَةِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا قَوْلُ فَقْهَاءِ الْمَدِينَةِ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ ، الَّتِي يَسْقُونَ بِهَا ، إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فَفَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ، وَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ ؟ قَتَلُونَهُ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ثُمَّ قَالَ : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ اخْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ » . قَالَ الزُّبَيْرُ : فَوَاللَّهِ إِنِّي لَأُحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِيهِ : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ ^(٦٧) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦٨) . وَرَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) في النسخ : « سيل » .

(٦٤) في الأصل : « الأرضين » .

(٦٥) في الأصل : « حق » .

(٦٦) في ب ، م : « لأنه » .

(٦٧) سورة النساء ٦٥ .

(٦٨) أخرجه البخاري ، في : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعنين ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾ ... ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، في : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم = ١٨٢٩/٤ ، ١٨٣٠ .

« مُوطَّئُهُ »^(٦٩) عن الزُّهْرِيِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبد الله بن الزُّبَيْرِ . وَذَكَرَ عَنْهُ
عبدُ الرَّزَّاقِ^(٧٠) ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ قَالَ : نَظَرْنَا فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « ثُمَّ
أَخْبَسَ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الْجَنْدَرِ / » . فَكَانَ ذَلِكَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : ١٤٠/٥ و
الشَّرَاجُ : جَمْعُ شَرْجٍ ، وَالشَّرَجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ ، وَالْحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبَسَةٌ بِحِجَارَةٍ
سُودٍ ، وَالْجَنْدَرُ : الْجِدَارُ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أَنْ يَسْقَى ثُمَّ يَرْسِلَ الْمَاءَ ، تَسْهِيلًا
عَلَى غَيْرِهِ ، فَلَمَّا قَالَ الْأَنْصَارِيُّ مَا قَالَ ، اسْتَوْعَى النَّبِيُّ ﷺ الزُّبَيْرُ حَقَّهُ . وَرَوَى
مَالِكٌ ، فِي « الْمُوطَّئِ »^(٧١) أَيْضًا ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ حَزْمٍ ، أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلٍ مَهْزُورٍ وَمُدْنِيٍّ : « يُمَسِّكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يَرْسِلُ
الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ مَدْنِيٌّ ، مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ
الْمَدِينَةِ ، مَعْمُولٌ بِهِ عِنْدَهُمْ . قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حَبِيبٍ : مَهْزُورٌ وَمُدْنِيٌّ : وَادِيَانِ
مِنْ أَوْدِيَةِ الْمَدِينَةِ ، يَسِيلَانِ بِالْمَطَرِ ، وَتَتَنَافَسُ أَهْلُ الْحَوَائِطِ فِي سَبِيلِهِمَا . وَرَوَى أَبُو
دَاوُدَ^(٧٢) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ثَعْلَبَةَ بْنِ أَبِي مَالِكٍ ، أَنَّهُ سَمِعَ كِبْرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ ، أَنَّ رَجُلًا
مِنْ قُرَيْشٍ كَانَ لَهُ سَهْمٌ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، فَخَاصَمَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَبِيلٍ مَهْزُورٍ
وَالسَّبِيلِ الَّذِي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ ، فَقَضَى بَيْنَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْمَاءَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ، لَا
يَخْبِسُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ . وَلَأنَّ مِنْ أَرْضِهِ قَرْيَةً مِنْ قُوَّةِ النَّهْرِ أُسْبِقُ إِلَى الْمَاءِ ، فَكَانَ

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٨٣/٢ ، ٢٨٤ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر في الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة
الأحوذى ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائي ، في : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة
الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٩/٨ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، في : باب تعظيم حديث رسول
الله ، من المقدمة ، وفي : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه
٨٢٩/٢ ، ٨ ، ٧/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٤ .

(٦٩) لم نجده في الموطأ ، ولا في مصنف عبد الرزاق .

(٧٠) في : باب القضاء في المياه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٤/٢ .

(٧١) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ .

أُولَى به ، كمن سَبَقَ إلى المَشْرِعَةِ ، فإن كانت أَرْضُ صَاحِبِ الأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، منها مُسْتَقْلِيَةً ومنها مُسْتَفْلَةً ، سَقَى كُلَّ وَاحِدَةٍ منهما على حِدَتِهَا ، وإن اسْتَوَى اثْنَانِ في القُرْبِ من أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَمَا المَاءَ بينهما إن أُمِكنَ ، وإن لم يُمكنْ أَقْرَعُ بينهما ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَّ له القُرْعَةُ ، فإن كان المَاءُ لَا يُفْضَلُ عن أَحَدِهِمَا ، سَقَى مَنْ تَقَعَّ له القُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ من المَاءِ ، ثم تَرَكَه لِلاَخَرِ ، وليس له أن يَسْقِيَ بِجَمِيعِ المَاءِ ؛ لِأَنَّهُ الْآخَرُ يُسَاوِيهِ في اسْتِحْقَاقِ المَاءِ ، وَإِنَّمَا القُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ في اسْتِيفَاءِ الحَقِّ ، لَا في أَصْلِ الحَقِّ ، بِخِلَافِ الأَعْلَى مع الأَسْفَلِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلأَسْفَلِ حَقٌّ إِلَّا فِيمَا فَضَّلَ على الأَعْلَى . فَإِنْ كَانَتْ أَرْضُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ من أَرْضِ الْآخَرِ ، قُسِمَ المَاءُ بينهما على قَدْرِ الأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ من أَرْضِ أَحَدِهِمَا مُسَاوٍ في القُرْبِ ، فَاسْتَحَقَّ جُزْءًا^(٧٢) من المَاءِ ، كَمَا لو كَانَ لِشَخْصٍ ثَلَاثٌ . وَإِنْ كَانَ لِجَمَاعَةٍ رَسْمٌ شَرِبَ ، مِنْ نَهْيٍ^(٧٣) غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، أَوْ سَبِيلٍ ، وَجَاءَ إِنْسَانٌ لِيُخْبِيَ مَوَاتًا أَقْرَبَ إلى رَأْسِ النَّهْرِ مِنْ أَرْضِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْقِيَ قَبْلَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ أَسْبَقُوا إلى النَّهْرِ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ مَنْ مَلَكَ أَرْضًا مَلَكَهَا بِحُقُوقِهَا وَمَرَافِقِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُهُ إِبْطَالَ حُقُوقِهَا / ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهَا . وَهَلْ لَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ إِحْيَاءِ ذَلِكَ المَوَاتِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ في النَّهْرِ لَا في المَوَاتِ . وَالثَّانِي ، لَهُمْ مَنَعُهُ ، لِثَلَاثِ أَسْبَابٍ : ذَلِكَ ذَرِيعَةٌ إِلَى مَنَعِهِمْ حَقَّهُمْ مِنْ السَّقْيِ ، لِتَقْدِيمِهِ عَلَيْهِمْ بِالْقُرْبِ إِذَا طَالَ الزَّمَانُ وَجُهْلُ الحَالِ . فَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهُمْ مَنَعُهُ . فَسَبَقَ إِنْسَانٌ إِلَى مَسِيلِ مَاءٍ أَوْ نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأَخْيَا فِي أَسْفَلِهِ مَوَاتًا ، ثُمَّ أَخْيَا آخَرَ فَوْقَهُ ، ثُمَّ أَخْيَا ثَالِثًا فَوْقَ الثَّانِي ، كَانَ لِلأَسْفَلِ السَّقْيُ أَوَّلًا ، ثُمَّ الثَّانِي ، ثُمَّ الثَّالِثُ ، وَيُقَدِّمُ السَّبْقُ إِلَى الإِحْيَاءِ عَلَى السَّبْقِ إِلَى أَوَّلِ النَّهْرِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا .

١٤٠/٥ ظ

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، المَاءُ^(٧٤) الْجَارِي فِي نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وَهُوَ أَيْضًا قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ المَاءُ مَبَاحَ الأَصْلِ ، مِثْلُ أَنْ يَخْفِرَ إِنْسَانٌ نَهْرًا صَغِيرًا ، يَصِلُ بِنَهْرٍ

(٧٢) في الأصل : « قدرا » .

(٧٣) النهي ؛ بالكسر والفتح : القدير .

(٧٤) سقط من : الأصل .

كبير مباح ، فما لم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنما هو تحجر وشروع في الإحياء ، فإذا اتصل الحفر ، كمل الإحياء وملكه ؛ لأن الملك بالإحياء أن تنتهي العمارة إلى قصدها ، بحيث يتكرر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك . وسواء أجرى فيه الماء أو لم يجز ؛ لأن الإحياء يحصل بأن يهيمه للانتفاع به دون حصول المنفعة ، فيصير مالكا لقرار النهر وحافته ، وهو أهو حق له ، وكذلك حريمه ، وهو ملكي الطين من كل جانب . وعند القاضي أن ذلك غير مملوك لصاحب النهر ، وإنما هو حق من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعي . وظاهر قول الخرقي ، أنه مملوك لصاحبه ؛ لقول رسول الله ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلِكْ ، فَهِيَ لَهُ » (٧٥) . وإحيائها أن يحوط عليها حائطاً ، أو يحفر فيها بئرا ، فيكون له خمس وعشرون ذراعا حواليتها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك . فإذا تقرر هذا ، فكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل والتفقه ؛ لأنه إنما ملك بالعمارة والعمارة بالتفقه ، فإن كفى جميعهم ، فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها ، جاز ؛ لأنه حقهم ، لا يخرج عنهم . وإن تشاحوا في قسمته ، قسمه الحاكم بينهم على قدر أملكهم ؛ لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبة ، أو حجر مستوي الطرفين والوسط ، فيوضع على موضع مستوي من الأرض ، في مقدم الماء ، فيه خروز ، أو نقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم ، يخرج من كل جزء أو نقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرده ، فإن كانت أملكهم مختلفة قسم على قدر ذلك ، فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللثالث (٧٦) / سدسه ، جعل فيه ستة نقوب ، ولصاحب النصف ثلاثة (٧٧) نصب في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد (٧٧) . وإن كان لواحد الخمسين ، والباقي لاثنتين يتساويان فيه ، جعل

و ١٤١/٥

(٧٥) تقدم تحريجه في صفحة ١٤٥ .

(٧٦) في ب ، م : « وللآخر » .

(٧٧ - ٧٧) سقط من : الأصل .

عَشْرَةَ ثُقُوبٍ لِصَاحِبِ الْخُمْسَيْنِ أَرْبَعَةَ ثُغُبٍ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرَيْنِ ثَلَاثَةَ ثُغُبٍ فِي سَاقِيَتِهِ ^(٧٨) . فَإِنْ كَانَ النَّهْرُ لِعَشْرَةِ ، لِخُمْسِيَةِ مِنْهُمْ أَرْضَ قَرْيَةٍ مِنْ أَوَّلِ النَّهْرِ ، وَلِخُمْسِيَةِ أَرْضَ بَعِيدَةٍ ، جُعِلَ لِأَصْحَابِ الْقَرْيَةِ خُمْسُ ^(٧٩) ثُقُوبٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُغُبٌ ^(٨٠) ، وَجُعِلَ لِلْبَاقِينَ خُمْسَةٌ ، تَجْرِي فِي النَّهْرِ حَتَّى تَصِلَ إِلَى أَرْضِهِمْ ، ثُمَّ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ قِسْمَةً أُخْرَى . وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يُجْرِيَ مَاءَهُ فِي سَاقِيَةِ غَيْرِهِ ، لِيُقَاسِمَهُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، لَمْ يُجْزَ إِلَّا بِرِضَاؤِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي سَاقِيَتِهِ ، وَيَخْرُبُ حَافَتَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَحْلِلُ حَقَّهُ بِحَقِّ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَلَمْ يُجْزَ ذَلِكَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْمَاءَ لَا يُمْلِكُ . أَنَّ حُكْمَ الْمَاءِ فِي هَذَا النَّهْرِ حُكْمُهُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، وَأَنَّ الْأَسْبَقَ أَحَقُّ بِالسَّقْيِ مِنْهُ ، ثُمَّ الَّذِي يَلِيهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ الْأَسْبَقُ إِلَيْهِ أَحَقُّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلَّهُ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا حَصَلَ نَصِيبُ إِنْسَانٍ فِي سَاقِيَتِهِ ^(٨١) ، فَلَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِهِ مَا شَاءَ مِنَ الْأَرْضِ ، سَوَاءً كَانَ هَا رَسْمُ شَرْبٍ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِي بِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ سَقْيُ أَرْضٍ لَيْسَ هَا رَسْمُ شَرْبٍ فِي ^(٨٢) هَذَا الْمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَالٌّ عَلَى أَنَّ هَا قِسْمًا ^(٨٣) مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَرُبَّمَا جُعِلَ سَقْيُهَا مِنْهُ دَلِيلًا عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا لِلذَّكَاءِ ، فَيَسْتَصِيرُ الشَّرْكَاءُ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ دَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ لَا يَنْفُذُ ، وَدَارٌ بِأُيُهَا فِي دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهَرُهَا مُلَاصِقٌ لظَهْرِ دَارِهِ الْأُولَى ، فَأَرَادَ تَنْفِيذَ أَحَدَاهُمَا إِلَى الْآخَرَى ، لَمْ يُجْزَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ اسْتِظْرَاقًا مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ

(٧٨) فِي ب ، م : « سَاقِيَةٍ لَهُ » .

(٧٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « نَهْرٌ » .

(٨١) فِي ب ، م : « سَاقِيَةٍ » .

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٨٣) فِي ب ، م : « قِسْمَانِ » . وَفِي الْأَصْلِ : « قِسْمٍ » . وَلِلصَّوَابِ مَا أَتَيْنَاهُ .

من الدارين . ولنا ، أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فكان له أن يسقى منه ما شاء ، كما لو انفرد به من أصله . ولا نسلّم ما ذكرّوه في الدارين ، وإن سلّمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها ^(٨٤) إلى ذرب ^(٨٥) مشترك ؛ لأن الظاهر أن لكل دار سكّاناً ، فيجعل لسكّان كل واحدة منهما استطرّاقاً إلى ذرب غير نافذ ، لم يكن لهم حق في استطرّاقه ، وههنا إنّما يسقى من ساقيته المفردة التي لا يشار كهُ غيره فيها ، فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته ، لم يتضرّر بذلك أحد . ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب ، فأحب أن / يسقى بذلك الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر ، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها . وإن كان الدولاب يعرف من نهر غير مملوك ، جاز أن يسقى بتصبيه من الماء أرضاً لا رسم لها في الشرب منه ، بغير خلاف نعلمه . فإن ضاق الماء ، قدّم الأسبق فالأسبق ، على ما مضى .

١٤١/٥ ظ

فصل : ولكل واحد منهم أن يتصرّف في ساقيته المخصّصة به بما أحب ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عمل رحي عليها ، أو دولاب ، أو عبّارة ، وهي خشبة تُمَدُّ على طرفي النهر ، أو قنطرة يعبّر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات ؛ لأنّها ملّكهُ ، لا حقّ لغيره فيها . فأما النهر المشترك ، فليس لواحد منهم أن يتصرّف فيه بشيء من ذلك ؛ لأنّه يتصرّف في النهر المشترك وفي حريمه بغير إذن شرّكائه . وقال القاضي في العبّارة : هذا ينبتني على الروايتين ، في من أراد أن يجري ماءه في أرض غيره . والصحيح أنّه لا يجوز ههنا ، ولا يصحّ قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره ؛ لأنّ إجراء الماء في أرض غيره ^(٨٥) ينفع صاحبها ، لأنّه يسقى غروقه شجره ، ويشرّبه أوّلاً وآخراً . وهذا ^(٨٦) لا ينفع النهر ، بل ربّما أفسد حاقّيته ، ولم يسق له شيء . ولو أراد أحد

(٨٤ - ٨٤) في ب ، م : « درب آخر » .

(٨٥) سقط من : ب ، م .

(٨٦) في الأصل : « ولأن هذا » .

الشُّرَكَاءُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَاءِ النَّهْرِ قَبْلَ قَسْمِهِ شَيْئًا يَسْقَى بِهِ أَرْضًا فِي أَوَّلِ النَّهْرِ أَوْ غَيْرِهِ ،
 أَوْ أَرَادَ إِنْسَانٌ غَيْرُهُمْ ذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُمْ صَارُوا أَحَقَّ بِالْمَاءِ الْجَارِي فِي نَهْرِهِمْ مِنْ
 غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مِنَ الْمَاءِ رَبُّمَا اخْتِجَ إِلَى تَصْرِيفٍ فِي حَافَةِ النَّهْرِ الْمَمْلُوكِ لَغَيْرِهِ ،
 أَوْ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَلَوْ فَاضَ مَاءُ هَذَا النَّهْرِ إِلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ مُبَاحٌ ،
 كَالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ نَحْوُ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ قَسَمُوا مَاءَ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ بِالْمُهَايَاةِ ، جَازَ ، إِذَا تَرَضَّوْا بِهِ ، وَكَانَ
 حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَعْلُومًا ، مِثْلُ أَنْ يَجْعَلُوا لِكُلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ
 أَوْ أَقَلَّ . وَإِنْ قَسَمُوا النَّهَارَ ، فَجَعَلُوا لِوَاحِدٍ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى وَقْتِ الزَّوَالِ ،
 وَلِلْآخَرِ مِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ قَسَمُوهُ سَاعَاتٍ ، وَأَمَكَنَّ
 ضَبْطُ ذَلِكَ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، كَطَاسَةِ مَقْيُودَةٍ تُتْرَكُ فِي الْمَاءِ ، وَفِيهَا عَلَامَاتٌ إِذَا انْتَهَى الْمَاءُ
 إِلَى عَلَامَةٍ كَانَتْ سَاعَةً ، وَإِذَا انْتَهَى إِلَى الْآخَرَى كَانَتْ سَاعَتَيْنِ ، أَوْ زُجَاجَةٌ فِيهَا رَمْلٌ ،
 يَنْزِلُ مِنْ أَعْلَاهَا إِلَى أَسْفَلِهَا فِي سَاعَةٍ أَوْ سَاعَتَيْنِ ، ثُمَّ يَقْلِبُهَا فَيَعُودُ الرَّمْلُ إِلَى الْمَوْضِعِ
 الَّذِي كَانَ فِيهِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ ، أَوْ يُمِيزَانِ الشَّمْسِ الَّذِي تُعْرَفُ بِهِ سَاعَاتُ النَّهَارِ ،
 أَوْ بِمَنَازِلِ / الْقَمَرِ فِي اللَّيْلِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازَ . فَإِذَا حَصَلَ الْمَاءُ لِأَحَدِهِمْ فِي نَوَيْتِهِ ،
 فَأَرَادَ أَنْ يَسْقَى بِهِ أَرْضًا لَيْسَ لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا ، أَوْ يُؤَثِّرُ بِهِ إِنْسَانًا ، أَوْ يَقْرِضُهُ
 إِيَّاهُ ، عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَصَرَّفُ فِي حَافَةِ النَّهْرِ ، جَازَ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ ، يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ التَّوْبَةِ أَنْ يُجْرِيَ
 مَعَ مَائِهِ مَاءً لَهْ آخَرَ ، يَسْقَى بِهِ أَرْضَهُ الَّتِي لَهَا رَسْمٌ شَرِبَ مِنْ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ أَرْضًا لَهُ
 أُخْرَى ، أَوْ سَأَلَهُ إِنْسَانٌ أَنْ يُجْرِيَ مَاءً لَهُ مَعَ مَائِهِ فِي هَذَا النَّهْرِ ، لِيُقَاسِمَهُ إِيَّاهُ فِي مَوْضِعٍ
 آخَرَ ، عَلَى وَجْهِهِ لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ ، وَلَا بِأَحَدٍ ، جَازَ ذَلِكَ ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ؛ فَإِنَّهُمْ
 قَالُوا فِي مَنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا : جَازَ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا مَاءً فِي نَهْرٍ مَخْفُورٍ ، إِذَا كَانَ فِيهَا . وَلَائِثُهُ

و ١٤٢/٥

مُسْتَحِقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فِي تَوَيْتِهِ بِإِجْرَاءِ الْمَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا لَذَلِكَ .

فصل : القسم الثاني ، أن يكون مَنَعُ الْمَاءِ مَمْلُوكًا ، مثل أن يَشْتَرِكَ جَمَاعَةٌ فِي اسْتِئْطَابِ عَيْنٍ وَإِجْرَائِهَا ، فَأَتَاهُمْ يَمْلِكُونَهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِحْيَاءُهَا ، وَيَشْتَرِكُونَ فِيهَا ، وَفِي سَاقِيَتِهَا ، عَلَى حَسَبِ مَا أَلْفَقُوا عَلَيْهَا ، وَعَمِلُوا فِيهَا ، كَمَا ذَكَرْنَا ^(٨٨) فِي النَّهْرِ ^(٨٨) ، فِي الْقِسْمِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، إِلَّا أَنَّ الْمَاءَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ ثُمَّ ، لِأَنَّهُ مَبَاحٌ دَخَلَ مِلْكَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ صَيْدٌ بُسْتَانَهُ ، وَهَهُنَا يُخْرَجُ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ أَصَحُّهُمَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ أَيْضًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، فَلِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَسْتَقِيَ مِنَ الْمَاءِ الْجَارِي لِشَرِبِهِ وَوُضُوئِهِ وَغُسْلِهِ وَغَسْلِ ثِيَابِهِ ، وَيَنْتَفِعَ بِهِ فِي أَشْيَاءَ ذَلِكَ ، مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا لَمْ يَدْخُلْ إِلَيْهِ فِي مَكَانٍ مُحَوَّطٍ عَلَيْهِ . وَلَا يَجِلُّ لِصَاحِبِهِ الْمَنَعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ ، فَمَنَعَهُ ابْنُ السَّبِيلِ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨٩) ، وَعَنْ مُهَيِّسَةَ ^(٩٠) ، عَنْ أَبِيهَا ، أَنَّهُ قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَجِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَجِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمِلْحُ » . قَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَجِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرَ لَكَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٩١) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ^(٩٢) فِي الْعَادَةِ ، وَهُوَ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِ النَّهْرِ . فَأَمَّا مَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، كَسَقْيِ الْمَاشِيَةِ الْكَثِيرَةِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَإِنْ فَضَّلَ الْمَاءُ عَنْ حَاجَةِ صَاحِبِهِ ، لَزِمَهُ بِذَلِكَ لَذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ ، لَمْ يَلْزَمَهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ .

(٨٨ - ٨٨) سقط من : ب ، م .

(٨٩) في : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٤٥/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في كراهية الأيمان في الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٤/٢ .

(٩٠) في أ ، م : ١ بية .

(٩١) تقدم تخريجه في : ٣٧٨/٦ .

(٩٢) سقط من : ب ، م .

فصل : إذا كان التَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ ، فَإِنْ أَرَادُوا الْإِكْرَاءَهُ / أَوْ سَدَّ بَقِيَ فِيهِ ، أَوْ إِصْلَاحَ حَائِطِهِ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ عَلَى حَسَبِ مَلِكِهِمْ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَذْنَى إِلَى أَوَّلِهِ مِنْ بَعْضٍ ، اشْتَرَكَ الْكُلُّ فِي إِكْرَائِهِ وَإِصْلَاحِهِ ، إِلَى أَنْ يَصِلُوا إِلَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ لَا شَيْءَ عَلَى الْأَوَّلِ ، وَيَشْتَرِكُ الْبَاقُونَ حَتَّى يَصِلُوا إِلَى الثَّانِي ، ثُمَّ يَشْتَرِكُ مَنْ بَعْدَهُ كَذَلِكَ ، كُلَّمَا انْتَهَى الْعَمَلُ إِلَى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ فِيمَا بَعْدَهُ شَيْءٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَحَمْدٌ : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهُمْ فِي إِكْرَائِهِ كُلِّهِ ، لِأَنَّهُمْ يَنْتَفِعُونَ بِجَمِيعِهِ ، فَإِنْ مَا جَاوَزَ الْأَوَّلَ مَصَبَ لِمَائِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَسِقْ أَرْضَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَوَّلَ إِنَّمَا يَنْتَفِعُ بِالمَاءِ الَّذِي فِي مَوْضِعِ شَرْبِهِ ، وَمَا بَعْدَهُ إِنَّمَا يَخْتَصُّ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ مَنْ دُونَهُ ، فَلَا يُشَارِكُهُمْ فِي مُؤَنَّتِهِ ، كَمَا لَا يُشَارِكُهُمْ فِي نَفْعِهِ ، فَإِنْ كَانَ يُفْضَلُ عَنْ جَمِيعِهِمْ مِنْهُ مَا يَخْتَاجُ إِلَى مَصْرِفٍ ، فَمُؤَنَّتُهُ ذَلِكَ الْمَصْرِفُ عَلَى جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَكَانَتْ مُؤَنَّتُهُ عَلَيْهِمْ كُلِّهِمْ ، كَأَوَّلِهِ .

٩١٥ - مسألة : قال : (وَإِخْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا)

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ تَحْوِيطَ الْأَرْضِ إِخْيَاءَ لَهَا ، سَوَاءً أَرَادَهَا لِلْبِنَاءِ ، أَوْ لِلزَّرْعِ ، أَوْ حَظِيرَةً لِلْعَنْمِ ، أَوْ الْحَشَبِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، فَقَالَ : الْإِخْيَاءُ أَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا ، أَوْ يَحْفِرَ فِيهَا بُقْرًا أَوْ نَهْرًا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ تَسْقِيفٌ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى الْحَسَنُ ، عَنْ سَمُرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، فَهِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « مُسْتَدْرَكِهِ » ^(١) . وَيُرْوَى عَنْ جَابِرٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ ^(٢) . وَلَأَنَّ الْحَائِطَ حَاجِزٌ مَنِيعٌ ، فَكَانَ إِخْيَاءً ، أَشْبَهَ مَا لَوْ جَعَلَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنْمِ . وَيُبَيِّنُ هَذَا أَنَّ الْقَصْدَ لَا اعْتِبَارَ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢/٥ ، ٢١ .

(٢) لم نجده عن جابر .

به ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْعَنَمِ ، فَبِنَاهَا بِجِصٍّ وَأَجْرٍ ، وَقَسَمَهَا يُبُوتًا ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهَا ، وَهَذَا لَا يُصْنَعُ لِلْعَنَمِ مِثْلُهُ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْحَائِطُ مَنِيعًا يَمْنَعُ مَا وَرَاءَهُ ، وَيَكُونُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ . وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْبُلْدَانِ ، فَلَوْ كَانَ مِمَّا جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِالْحِجَارَةِ وَحَدَّهَا ، كَأَهْلِ حَوْرَانَ وَفَلَسْطِينَ وَغَيْرِهَا^(٣) ، أَوْ بِالطِّينِ ، كَالْفُطَايِرِ لِأَهْلِ غُوَطَةِ دِمَشْقَ ، أَوْ بِالخَشَبِ أَوْ بِالْقَصَبِ ، كَأَهْلِ الْقَوْرِ ، كَانَ ذَلِكَ إِحْيَاءً . وَإِنْ بَنَاهُ بِأَرْفَعٍ مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ^(٤) ، كَانَ أَوْلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : فِي صِفَةِ الْإِحْيَاءِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَةِ ، الْإِحْيَاءُ مَا تَعَارَفَهُ / النَّاسُ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِتَغْلِيْقِ الْمَلِكِ عَلَى الْإِحْيَاءِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، وَلَا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَهُ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ فِيهِ إِلَى مَا كَانَ إِحْيَاءً فِي الْعُرْفِ ، كَمَا أَنَّهُ لَمَّا وَرَدَ بِإِغْتِيَابِ الْقَبْضِ وَالْجِرْزِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، كَانَ الْمَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ الشَّارِعَ لَوْ عَلَّقَ الْحُكْمَ عَلَى مُسَمًّى بِاسْمٍ ، لَتَعَلَّقَ بِمُسَمَّاهُ عِنْدَ أَهْلِ اللِّسَانِ ، فَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِالمُسَمًّى إِحْيَاءً عِنْدَ أَهْلِ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا يُعَلِّقُ حُكْمًا عَلَى مَا لَيْسَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ طَرِيقٌ ، فَلَمَّا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، تَعَيَّنَ الْعُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِهِ ، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَرِيقٌ سِوَاهُ . إِذَا بَنِيَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ تُحْصَى دَارًا لِلسُّكْنَى ، وَحَظِيرَةً ، وَمَزْرَعَةً ، فَإِحْيَاءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ بِتَهْنِئَتِهَا لِلِانْتِفَاعِ الَّذِي أُرِيدَتْ لَهُ ، فَأَمَّا الدَّارُ ، فَإِنَّهَا يُبْنَى حَيْطَانُهَا بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ وَيُسَقَّفُهَا^(٥) ، لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ لِلسُّكْنَى إِلَّا بِذَلِكَ . وَأَمَّا الْحَظِيرَةُ ، فَإِحْيَاؤها بِحَائِطٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةُ مِثْلِهَا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا التَّسْقِيفُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ تَسْقِيفٍ ، وَسِوَاهُ أَرَادَهَا حَظِيرَةً لِلْمَاشِيَةِ ، أَوَّلِ الْخَشَبِ ، أَوَّلِ الْحَطَبِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ . وَلَوْ خَنَدَقَ عَلَيْهَا خَنَدَقًا ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَائِطٍ وَلَا عِمَارَةٍ ، إِنَّمَا هُوَ حَفْرٌ وَتَحْرِيبٌ . وَإِنْ خَاطَهَا بِشَوْكٍ وَشِبْهِهِ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً ، وَكَانَ تَحْجَرًا ؛ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ قَدْ يَنْزِلُ

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) في ب ، م : « عَادَتِهِ » .

(٥) في الأصل : « وَسَقَفَهُ » . وفي ب ، م : « وَتَسْقِيفُهَا » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

مُنْزَلًا ، وَيُحَوِّطُ عَلَى رَحْلِهِ بِنَحْوِ مِنْ ذَلِكَ . وَلَوْ نَزَلَ مُنْزَلًا ، فَتَصَبَّ بِهِ نَيْتٌ شَعِيرٌ أَوْ
نَحِيمَةٌ ، لَمْ يَكُنْ إِحْيَاءً . وَإِنْ أَرَادَهَا لِلزَّرَاعَةِ ، فَبِأَنْ يَهَيِّئَهَا لِامْتِنَانِ الزَّرْعِ فِيهَا ، فَإِنْ
كَانَتْ لَا تَزْرَعُ إِلَّا بِالْمَاءِ ، فَبِأَنْ يَسْوَقَ إِلَيْهَا مَاءً مِنْ نَهْرٍ أَوْ بَيْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمْكِنُ
زَرْعُهَا لِكَثْرَةِ أَحْجَارِهَا ، كَأَرْضِ الْحِجَازِ ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَحْجَارَهَا وَيُنْقِئَهَا حَتَّى تَصْلَحَ
لِلزَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَتْ غِيَاضًا وَأَشْجَارًا ، كَأَرْضِ الشَّعْرَى ^(٦) ، فَبِأَنْ يَقْلَعَ أَشْجَارَهَا ،
وَيَزِيلَ عُرُوقَهَا الَّتِي تَمْنَعُ الزَّرْعَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُمْكِنُ زَرْعُهَا إِلَّا بِحَسْرِ الْمَاءِ عَنْهَا ،
كَأَرْضِ الْبَطَائِحِ الَّتِي يُفْسِدُهَا غَرَقُهَا بِالْمَاءِ لِكَثْرَتِهِ ، فَإِحْيَاؤها بِسَدِّ الْمَاءِ عَنْهَا ، وَجَعْلِهَا
بِحَالٍ يُمْكِنُ زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا فِيمَا أَرَادَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى تَكَرُّرِ
ذَلِكَ فِي كُلِّ عَامٍ ، فَكَانَ ^(٧) إِحْيَاءً ، كَسَوَقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا . وَلَا يُعْتَبَرُ
فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ حَرْثُهَا وَلَا زَرْعُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّمَا أَرَادَ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا ، فَلَمْ
يُعْتَبَرْ فِي الْإِحْيَاءِ ، كَسَقِيهَا ، وَكَالسُّكْنَى فِي الْبُيُوتِ ، / ^(٨) وَلَا يَحْصُلُ ^(٨) بِذَلِكَ إِذَا فَعَلَهُ
لِمُجَرَّدِهِ ، لِمَا ذَكَّرْنَا . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي إِحْيَاءِ الْأَرْضِ لِلْسُّكْنَى نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى الْبُيُوتِ .
وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِيمَا ذَكَّرْنَا فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّ لَهُ وَجْهًا فِي أَنْ حَرْثُهَا وَزَرْعُهَا
إِحْيَاءٌ لَهَا ، وَأَنَّ ذَلِكَ مُعْتَبَرٌ فِي إِحْيَائِهَا ، وَلَا يَتِمُّ بِدُونِهِ ، وَكَذَلِكَ نَصْبُ الْأَبْوَابِ عَلَى
الْبُيُوتِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّسْقِيفَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، وَلِأَنَّ
السُّكْنَى مُمَكِّنَةٌ بِدُونِ نَصْبِ الْأَبْوَابِ ، فَأَشْبَهَ تَطْيِينَ سَطُوحِهَا وَتَبْيِضَها .

ط ١٤٣/٥

٩١٦ - مسألة ؛ قال : (أَوْ يَحْفَرَ فِيهَا بَيْرًا ، فَيَكُونُ لَهُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا
حَوَالَيْهَا ، وَإِنْ سَبَقَ إِلَى بَيْرٍ عَادِيَّةٍ ، فَحَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا)

البئر العاديةُ ، بِتَشْدِيدِ الْبَاءِ : الْقَدِيمَةُ ، مَنَسُوبَةٌ إِلَى عَادٍ ، وَلَمْ يُرِدْ عَادًا بِعَيْنِهَا ، لَكِنْ

(٦) الشعري : جبل عند حرة بنى سليم .

(٧) في ب ، م : « كان » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

لَمَّا كَانَتْ عَادَ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَكَانَتْ لَهَا آثَارٌ فِي الْأَرْضِ ، تُسَبِّحُ إِلَيْهَا كُلُّ قَدِيمٍ ، فَكُلُّ مَنْ حَفَرَ بَيْتًا فِي مَوَاتٍ لِلتَّمْلِيلِكِ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ عَشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَمَنْ سَبَقَ إِلَى بَيْتٍ عَادِيَّةٍ ، كَانَ أَحَقَّ بِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ لَهُ »^(١) . وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ . وَاخْتَارَهُ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ هَذَا عَلَى طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بَلْ حَرِيمُهَا عَلَى الْحَقِيقَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي ثَرْقَةِ مَائِهَا مِنْهَا ، فَإِنْ كَانَ يَدُولَابٍ فَقَدَرُ مَدَارٍ^(٢) الثَّوَرُ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ بِسَاقِيَةٍ^(٣) فَقَدَرُ طُولِ الْبَيْرِ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » . أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) . وَلَأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي تَمُشِي إِلَيْهِ الْبَهِيمَةُ . وَإِنْ كَانَ يَسْتَقْبِي مِنْهَا بِيَدِهِ ، فَيَقْدَرُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْوَاقِفُ عِنْدَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحْرِجُ عَيْنًا ، فَحَرِيمُهَا الْقَدَرُ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ صَاحِبُهَا لِلانْتِفَاعِ بِهَا ، وَلَا يَسْتَضِيرُّ بِأَخْذِهَا مِنْهَا وَلَوْ عَلَى أَلْفِ ذِرَاعٍ . وَحَرِيمُ النَّهْرِ^(٥) مِنْ جَانِبَيْهِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِطَرَحِ كِرَائَتِهِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تِمَامَتْ لِلْحَاجَةِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُرَاعَى فِيهِ الْحَاجَةُ دُونَ غَيْرِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِأَعْطَانِ الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ » . وَعَنِ الشَّعْبِيِّ مِثْلُهُ ، / رَوَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ^(٦) . وَلَنَا ، مَا رَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ^(٧)

(١) تقدم ترجمته في صفحة ١٥٢ .

(٢) ق ب ، م : ٥ : مد ٥ .

(٣) لعل ما في الأصل : ٥ : بسانية ٥ .

(٤) ق : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣١/٢ .

(٥) ق ب ، م : ٥ : البئر ، والمثبت في الأصل ، وهو يناسب : كرايته ٥ الآتي ، وهو ما يخرج من حفر النهر .

(٦) ق : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، من كتاب الأموال . لأبي عبيد ٢٩١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٤/٢ .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الأقضية . سنن الدارقطني ٢٢٠/٤ .

وَالْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِمَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدِيءُ »^(٨) خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا » وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ^(٩) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ الْأَنْصَارِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : السُّنَّةُ فِي حَرِيمِ الْقَلْبِ الْعَادِي خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، وَالْبَدِيءِ خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وَبِإِسْنَادِهِ^(١٠) عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : حَرِيمُ الْبَيْرِ الْبَدِيءِ خَمْسَ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاجِئِهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ بَيْرِ الزَّرْعِ ثَلَاثُمِائَةِ ذِرَاعٍ مِنْ تَوَاجِئِهَا كُلِّهَا ، وَحَرِيمُ الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ تَوَاجِئِهَا كُلِّهَا . وَلَأنَّهُ مَعْنَى يُمْلِكُ بِهِ الْمَوَاتُ ، فَلَا يَقِفُ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، كَالْحَاطِطِ . وَلَأنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْبَيْرِ لَا تُنْهَضُ فِي تَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَا حَوْلَهَا عَطْنَا لِإِبْلِهِ ، وَمَوْقِفًا لِلزَّوَابِ وَغَنَمِهِ ، وَمَوْضِعًا يَجْعَلُ فِيهِ أَحْوَاضًا يَسْقَى مِنْهَا مَاشِيَتَهُ ، وَمَوْقِفًا لِذَاتِهِ الَّتِي يَسْتَقِي^(١١) عَلَيْهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ، فَلَا يَخْتَصُّ الْحَرِيمُ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ^(١٢) لِتَرْقِيَةِ الْمَاءِ ، وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فَحَدِيثُنَا أَصَحُّ مِنْهُ ، وَرَوَاهُمَا أَبُو هُرَيْرَةَ ، فَيَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ . إِذَا بُنِيَ هَذَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّ هَذَا الْحَرِيمَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْرِ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَاضِي ، لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا .

فصل : وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْبَيْرُ فِيهَا مَاءً ، وَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْمَاءِ ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ . وَيَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي الْبَيْرِ الْعَادِيَّةِ عَلَى الْبَيْرِ الَّتِي انْطَمَتْ وَذَهَبَ مَآوُهَا ، فَجَدَّدَ حَفَرَهَا وَعِمَارَتَهَا ، أَوْ انْقَطَعَ مَآوُهَا ، فَاسْتَحْرَجَهُ ، لِيَكُونَ ذَلِكَ إِحْيَاءً لَهَا . وَأَمَّا الْبَيْرُ الَّتِي لَهَا مَاءٌ يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ احْتِجَارُهُ وَمَنْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَادِينِ الظَّاهِرَةِ ، الَّتِي يَرْتَفِقُ بِهَا النَّاسُ ، وَهَكَذَا الْعَيُونُ النَّابِغَةُ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَخْتَصُّ بِهَا . وَلَوْ حَفَرَ رَجُلٌ بَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ

(٨) البدیء : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(٩) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها الأموال ٢٩٢ .

(١٠) فى الأصل : « يسقى الماء » .

(١١) فى الأصل : « البئر » .

يَتَنَفَّعُونَ بِهَا ، أَوْ لِيَتَنَفَّعَ هُوَ بِهَا مُدَّةَ إِقَامَتِهِ عِنْدَهَا ثُمَّ يَتْرُكُهَا ، لَمْ يَمْلِكْهَا ، وَكَانَ لَهُ الْإِتِّفَاعُ بِهَا ، فَإِذَا تَرَكَهَا صَارَتْ لِلْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، كَالْمَعَادِينِ الظَّاهِرَةِ ، وَمَادَامَ مُؤَيِّمًا عِنْدَهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ سَابِقٌ إِلَيْهَا ، فَهُوَ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِإِنْسَانٍ شَجَرَةٌ فِي مَوَاتٍ ، فَلَهُ حَرِيمُهَا قَدَرُ مَا تُمُدُّ إِلَيْهِ أَغْصَانَتَاهَا حَوَالِيهَا ، وَفِي النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِهَا ؛ / لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١١) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، ١٤٤/٥ ظ قال : اخْتَصِمَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ مِنْ جَرَائِدِهَا فَذَرَعَتْ ، فَكَانَتْ سَبْعَةً ^(١٢) أَذْرُعًا أَوْ خَمْسَةً أَذْرُعًا ، فَقَضَى بِذَلِكَ . وَإِنْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي مَوَاتٍ ، فَهِيَ لَهُ وَحَرِيمُهَا . وَإِنْ سَبَقَ إِلَى شَجَرٍ مُبَاحٍ ، كَالزَّيْتُونِ وَالْخَرْبُوبِ ، فَسَقَاهُ وَأَصْلَحَهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ ، فَإِنْ طَعَمَهُ مَلَكَهُ بِذَلِكَ وَحَرِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَهَيَّأَ لِلْإِتِّفَاعِ بِهِ لَمَّا يَرَاؤُ مِنْهُ ، فَهُوَ كَسَوِّقِ الْمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ الْمَوَاتِ ؛ وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١٣) .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ لَهُ بِئْرٌ فِيهَا مَاءٌ ، فَحَفَرَ آخَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بِئْرًا يَنْسَرِقُ إِلَيْهَا مَاءُ الْبِئْرِ الْأُولَى ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، سِوَاءَ أَنْ مَحْتَفِرُ الثَّانِيَةِ فِي مِلْكِهِ ، مِثْلَ رَجُلَيْنِ مُتَجَاوِرَيْنِ فِي دَارَيْنِ ، حَفَرَ أَحَدُهُمَا فِي دَارِهِ بِئْرًا ، ثُمَّ حَفَرَ الْآخَرَ بِئْرًا أَعَمَّقَ مِنْهَا ، فَسَرَى إِلَيْهَا مَاءُ الْأُولَى ، أَوْ كَانَتْ فِي مَوَاتٍ ، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فَحَفَرَ بِئْرًا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَحَفَرَ قَرِيبًا مِنْهَا بِئْرًا تَجْتَذِبُ مَاءَ الْأُولَى . وَوَافَقَ الشَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَنَدَّى مِلْكُهُ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ قَبْلَهُ . وَقَالَ فِي الْأُولَى : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، فَجَازَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَتَغْلِيهِ دَارِهِ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ مَا يُخَدِّثُهُ الْجَارُ مِمَّا يَضُرُّ بِجَارِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَذْبَحَةً ، أَوْ حِمَامًا يَضُرُّ بِتَقَارِيرِ جَارِهِ بِحِمِي نَارِهِ وَرَمَادِهِ

(١٢) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٨٤/٢ .

(١٣) في الأصل : ستة .

(١٤) تقدم تحريجه في صفحة ١٥٢ .

وَدُخَانِهِ ، أَوْ يَخْفِرَ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ حُشًا^(١٥) يَتَأَذَى جَارُهُ بِرَأْيِهِ وَغَيْرِهَا ، أَوْ يَجْعَلَ دَارَهُ مَخْبِئًا فِي وَسْطِ الْعَطَّارِينَ وَنَحْوِهِ ، مِمَّا يُؤْذَى جِيرَانُهُ ، فَلَا يَجِلُّ لَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مُبَاحٌ فِي مِلْكِهِ ، أَشْبَهَ بِنَاءَهُ وَتَقْضِيَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١٦) . وَلِأَنَّهُ إِحْدَاثُ ضَرَرٍ بِجَارِهِ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَالَّذِي يَهْزُ الْحِيطَانُ وَيُخَرِّبُهَا ، وَكَالِقَاءِ السَّمَادِ وَالثَّرَابِ وَنَحْوِهِ فِي أَصْلِ حَائِطِهِ عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ مَصْنَعُ مَاءٍ ، فَأَرَادَ جَارُهُ غَرْسَ شَجَرَةٍ تَيْنِ^(١٧) « قَرِيبًا مِنْهُ »^(١٨) أَوْ نَحْوَهَا مِمَّا تَسْرِي غُرُوقُهُ فَتَشُقُّ حَائِطَ مَصْنَعِ جَارِهِ ، وَتَلْفُهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، وَكَانَ لِجَارِهِ مَنَعُهُ وَقَلْعُهَا إِنْ غَرَسَهَا . وَلَوْ كَانَ هَذَا الَّذِي يَحْصُلُ مِنْهُ الضَّرَرُ سَابِقًا ، مِثْلَ مَنْ لَهُ فِي مِلْكِهِ مَذْبَقَةٌ أَوْ مَقْصَرَةٌ ، فَأَخْبَأَ إِنْسَانٌ إِلَى جَانِبِهِ مَوَاتًا ، وَبَنَاهُ دَارًا ، يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْدِثْ ضَرَرًا . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ . ١٤٥/٥

٩١٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ مَا أَحْيَا ، أَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ)

وَجَهْلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ إِحْيَاءَ الْمَوَاتِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ مَدْخَلَ فِي النَّظَرِ فِي ذَلِكَ ، بِدَلِيلِ أَنْ مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا فَلَمْ يُحْيِهِ ، فَإِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْإِحْيَاءِ أَوْ التَّرْكِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهِ ، كَالِ بَيْتِ الْمَالِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً »^(١) ، فَهِيَ لَهُ »^(٢) . وَلِأَنَّ هَذَا عَيْنُ مَبَاحَةٍ ، فَلَا يَفْتَقِرُ تَمْلِكُهَا إِلَى إِذْنِ الْإِمَامِ ، كَأَخِذِ

(١٥) الخش : بيت الخلاء .

(١٦) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) - (١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٥ .

الحشيش والحطب ، ونظر الإمام في ذلك لا يدل على اعتبار إذنه ، ألا ترى أن من وقف في مشرعة ، طالبه الإمام أن يأخذ حاجته ويتصرف ، ولا يفتقر ذلك إلى إذنه . وأما مال بيت المال ، فإنه هو مملوك للمسلمين ، وللاإمام ترتيب مصارفه فافتقر إلى إذنه ، بخلاف مسائلنا ، فإن هذا مباح ، فمن سبق إليه كان أحق الناس به ، كالحشيش والحطب والصيود والثمار المباحة في الجبال .

فصل : فأما ما سبق إليه ، فهو الموات إذا سبق إليه فتحجره ، كان أحق ، وإن سبق إلى بئر^(٣) عادية ، فشرع فيها يعمرها ، كان أحق بها . ومن سبق إلى^(٤) مقاعد الأسواق والطرق ، أو مشاريع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة ، وكل مباح مثل الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال ، وما ينبذه الناس رغبة عنه ، أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس ، واللقطة^(٥) واللقيط ، وما يسقط من الثلج وسائر المباحات ، من سبق إلى شيء من هذا ، فهو أحق به ، ولا يحتاج إلى إذن الإمام ، ولا إذن غيره ؛ لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به »^(٥) .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

كتاب الوقوف والعطايا

والوقوف : جَمْعُ وَقِفٍ ، يُقَالُ مِنْهُ : وَقَفْتُ وَقَفًا . ولا يقال : أَوْقَفْتُ . إِلَّا فِي شَاذِّ اللَّغَةِ ، وَيُقَالُ : حَبَسْتُ وَأَحْبَسْتُ . وَبِهِ جَاءَ الْحَدِيثُ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا »^(١) . وَالْعَطَايَا : جَمْعُ عَطِيَّةٍ ، مِثْلُ خَلِيَّةٍ وَخَلَايَا ، وَبَلَايَةٍ وَبَلَايَا . وَالْوَقْفُ مُسْتَحَبٌّ . وَمَعْنَاهُ : تَحْيِيسُ الْأَصْلِ ، وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ ، قَالَ : أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْرٍ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْذِنُهُ فِيهَا فَقَالَ / : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْرٍ ، لَمْ أَصِبْ قَطُّ مَا لَا أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرُنِي فِيهَا ؟ فَقَالَ : « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا ، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَاغُ أَصْلُهَا ، وَلَا يَتَاغُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قَالَ : فَتَصَدَّقُ بِهَا عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ ، وَذَوِي الْقُرْبَى ، وَالرَّقَابِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ ، وَالضَّبِيفِ ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا بِالْمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فِيهِ ، أَوْ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ »^(٣) . قَالَ

ط ١٤٥/٥

(١) من الحديث الآتي تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في الوقف ، من كتاب الشروط ، وفي : باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٣/٢٦٠ ، ١١/٤ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، في : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣/١٢٥٥ ، ١٢٥٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا سنن أبي داود ٢/١٠٥ . والترمذي ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤٣ . والنسائي ، في : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحياس . المجتبى ٦/١٩١ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، في : باب من وقف ، من كتاب الصلوات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم =

الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف . قال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف . ولم ير شريع الوقف ، وقال : لا حبس عن فرائض الله . قال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة . وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرده ، وللقايف الرجوع فيه ، إلا أن يوصى به بعد موته ، فيلزم ، أو يحكم بلزومه حاكم . وحكاه بعضهم عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس . وخالفه صاحباه ، فقالا كقول سائر أهل العلم . واحتج بعضهم بما روي أن عبد الله بن زيد ، صاحب الأذان ، جعل حائطه صدقة ، وجعله إلى رسول الله ﷺ ، فجاء أبواه إلى رسول الله ﷺ ، فقالا : يا رسول الله ، لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط . فردّه رسول الله ﷺ ، ثم مائا ، فورثهما . رواه المحاملي (٤) في « أماليه » (٥) ، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية من يملكه ، فلم يلزم بمجرّد القول ، كالصدقة . وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله ﷺ ، وإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن النبي ﷺ قال لعمر في وقفه : « لا يتاع أصلها ، ولا يتاع ، ولا يوهب ، ولا يورث » . قال الترمذى : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، لا نعلم بين « أحد من المتقدّمين منهم في ذلك اختلافا . قال الحميدى : تصدّق أبو بكر بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروّة على ولده ، وعثمان برومة (٧) ، وتصدّق علي بأرضه بينع ، وتصدّق الزبير بداره بمكة (٨) وداره بمصر وأمواله بالمدينة (٩) على ولده ،

= ١٢٥٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في ما جاء في الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٦/٢ .
والترمذى ، في : باب في الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٤/٦ . والنسائي ، في : باب فضل الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٠/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٢/٢ .

(٤) أبو عبد الله الحسين بن إسماعيل بن محمد الضبي الهاملي القاضى الفقيه ، صاحب « الأمالي » المتوفى سنة ثلاثين وثلاثمائة . تاريخ التراث العربى ٣٥٧/١ .

(٥) وذكره المزى وعزاه إلى النسائي في الكبرى . تحفة الأشراف ٣٤٥/٤ .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) أى ، برومة بالمدينة .

^(٨) وَتَصَدَّقَ سَعْدٌ بِدَارِهِ بِالْمَدِينَةِ وَدَارِهِ بِمَصْرَ عَلَى وَلَدِهِ ، وَعُمَرُ بْنُ الْعَاصِ
بِالْوَهْطِ ^(٩) وَدَارِهِ بِمَكَّةَ عَلَى وَلَدِهِ ^(٨) ، وَحَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ بِدَارِهِ بِمَكَّةَ وَالْمَدِينَةَ عَلَى وَلَدِهِ
/ ، فَذَلِكَ كُلُّهُ إِلَى الْيَوْمِ . وَقَالَ جَابِرٌ : لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ذُو مَقْدَرَةٍ
إِلَّا وَقَفَ . وَهَذَا إِجْمَاعٌ مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الَّذِي قَدَّرَ مِنْهُمْ عَلَى الْوَقْفِ وَقَفَ ، وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ ،
فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلَئِنَّهُ إِذَا أَلَا مِلْكٌ يُلْزَمُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا نَجَزَهُ حَالُ الْحَيَاةِ
لَزِمَ مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ ، كَالْعَتَقِ . وَحَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ إِنْ ثَبَتَ ، فَلَيْسَ فِيهِ ذِكْرُ
الْوَقْفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ جَعَلَهُ صَدَقَةً غَيْرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتَنْتَابَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَرَأَى
وَالِدَيْهِ أَحَقَّ النَّاسِ بِصَرْفِهَا إِلَيْهَا ، وَلِهَذَا لَمْ يُرْدْهَا عَلَيْهِ ، إِنَّمَا دَفَعَهَا إِلَيْهَا . وَيَخْتَلِفُ
أَنَّ الْحَائِطَ كَانَ لَهَا ، وَكَانَ هُوَ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِحُكْمِ النَّيَابَةِ عَنْهَا ، فَتَصَرَّفَ بِهَذَا
التَّصَرُّفِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَلَمْ يُنْفَذْهُ ، وَأَتَى النَّبِيُّ ﷺ فَرَدَّهُ إِلَيْهَا . وَالْقِيَاسُ عَلَى الصَّدَقَةِ
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تُلْزَمُ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَإِنَّمَا تُنْفَقُ إِلَى الْقَبْضِ ، وَالْوَقْفُ
لَا يُنْفَقُ إِلَيْهِ ، فَافْتَرَقَا .

٩١٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي صِحَّةٍ مِنْ
عَقْلِهِ وَبَذَنِهِ ، عَلَى قَوْمٍ وَأَوْلَادِهِمْ وَعَقِيْبِهِمْ ثُمَّ آخَرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، فَقَدْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ)
فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

أحدها : أَنَّ الْوَقْفَ إِذَا صَحَّ ، زَالَ بِهِ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ ، فِي الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ . وَعَنْ أَحْمَدَ :
لَا يُزُولُ مِلْكُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَحُكْمِي قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ
ﷺ : « حَبَسَ الْأَصْلَ ، وَسَبَّلَ الثَّمَرَةَ » ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَبَبٌ يُزِيلُ التَّصَرُّفَ فِي

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) الوهط : مال كان لعمر بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج .

(١) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ وهذه الرواية أخرجهما النسائي في : باب حبس المشاع ، من كتاب =

الرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ، فَأَزَالَ الْمَلِكُ ، كَالْعَتَقِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ مِلْكُهُ لَرَجَعَتْ إِلَيْهِ قِيمَتُهُ ، كَالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ ، وَأَمَّا الْخَبَرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ مَخْبُوسًا ، لَا يَتَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّ إِذَا حَكَمْنَا بِنَقَاءِ مِلْكِهِ ، لَزِمَتْهُ مُرَاعَاتُهُ ، وَالْخُصُومَةُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ أَرُشُ جَنَائِزِهِ ، كَمَا يَفْدَى أُمُّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا لَمَّا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْمَالِكِ .

الفصل الثاني : أَنْ ظَاهَرَ هَذَا الْكَلَامِ ، أَنَّهُ يَزُولُ الْمَلِكُ ، وَيُلْزَمُ الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَحْصُلُ بِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يُلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَإِخْرَاجِ الْوَاقِفِ لَهُ عَنْ يَدِهِ . وَقَالَ : الْوَقْفُ الْمَعْرُوفُ أَنْ يُخْرِجَهُ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ ، وَيُوكَّلُ فِيهِ مَنْ يَقُومُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ / بِمَالٍ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ الْمَالِيَّةِ ، فَلَمْ يُلْزَمْ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَنَا ، مَارُوفِيَاهُ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلَئِنَّهُ تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ الْبَيْعَ وَالْهَبَةَ وَالْمِيرَاثَ ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِهِ ، كَالْعَتَقِ ، وَيُقَارِقُ الْهَبَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مُطْلَقًا ، وَالْوَقْفُ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْنِيْلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَهُوَ بِالْعَتَقِ أَشْبَهُ ، فَالْحَاقَهُ بِهِ أَوَّلَى .

الفصل الثالث : أَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ مَنْ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُ الْقَبُولُ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ ، لَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَقَدْ اشْتَرِطَ الْقَبُولَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتَرِطَهُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ^(١) فَكَانَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبُولُ ، كَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنْ كَانَتْ لَآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ^(٢) ، وَقَفَتْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَإِذَا كَانَتْ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ لِمَسْجِدٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لَمْ تَنْتَقِرْ إِلَى قَبُولٍ ، كَذَا هُنَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ تَوْعِيِ الْوَقْفِ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لَهُ الْقَبُولُ ، كَالْتَوْعِ

= الأحياس . المجيبى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه . ٨٠١/٢ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الآخر ، ولأنه إزاله ملك يمنع البيع والهبة واليراث ، فلم يُعتبر فيه القبول ، كالعتق ، وبهذا فارق الهبة والوصية . والفرق بينه وبين الهبة والوصية ، أن الوقف لا يختص بالمعين ، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرَّتْ ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يتطل برّد واحد منهم ، ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول . لم يتطل برّده ، وكان ردّه وقبوله وعدّمهما واحداً ، كالعتق . وإن قلنا : يفتقر إلى القبول . فرّده من وقف عليه ، بطل في حقه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء . يُخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناء على تفريق الصفة . فإن قلنا بصحته ، فهل يتقل في الحال إلى من بعده ، أو يصرف في الحال إلى مصرف في (٣) الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي ردّه ، ثم يتقل إلى من بعده ؟ على وجهين . وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ويتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم ، في ظاهر المذهب . قال أحمد : إذا وقف داره على ولديه ، صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه ، وروى عن أحمد ، أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه ، في من وقف على ورثته في مرضه : يجوز ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ، وإنما يتفعون / بقلتها . وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون . ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون ، أن لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه . وقال أبو حنيفة : لا يتقل الملك في الوقف اللازم ، بل يكون حقاً لله تعالى ؛ لأنه إزاله ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية ، بتملك المنفعة ، فانقل الملك إلى الله تعالى ، كالعتق . ولنا ، أنه (٤) سبب يؤهل ملك الواقف ، وجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله ، فوجب أن

و ١٤٧/٥

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : أن .

يَنْقَلُ الْمَلِكُ إِلَيْهِ ، كَالْهَبِيبِ وَالْبَيْعِ ، وَلَئِنَّهُ لَوْ كَانَ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ الْمُجَرَّدَةِ لَمْ يَلْزَمْ كَالْعَارِيَةِ
وَالسُّكْنَى ، وَلَمْ يُزَلْ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ كَالْعَارِيَةِ ، وَيُقَارِقُ الْعِتْقُ ، فَإِنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنْ
الْمَالِيَّةِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ فِي الرَّقَبَةِ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ .

فصل : وَالْفَاطَةُ الْوَقْفِ سِتَّةٌ ، ثَلَاثَةٌ صَرِيحَةٌ ، وَثَلَاثَةٌ كِنَايَةٌ ، فَالْصَّرِيحَةُ :
وَقَفْتُ ، وَحَبَسْتُ ، وَسَبَّلْتُ . مَتَى أَتَى بِوَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثِ ، صَارَ وَقْفًا مِنْ غَيْرِ
انْضِمَامِ أَمْرِ زَائِدٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفَاطُ ثَبَتَ لَهَا عَرُفُ الْاسْتِعْمَالِ بَيْنَ النَّاسِ ، وَانْضَمَّ
إِلَى ذَلِكَ عَرُفُ الشَّرْعِ ، بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ شَيْءٌ حَبَسْتُ أَصْلَهَا ، وَسَبَّلْتُ
ثَمَرَهَا » (٥) . فَصَارَتْ هَذِهِ الْأَفَاطُ فِي الْوَقْفِ كَلْفِظُ التَّطْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ . وَأَمَّا
الْكِنَايَةُ ، فَهِيَ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَمْتُ ، وَأَبَدْتُ . فَلَيْسَتْ صَرِيحَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ
وَالْتَحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فِي الزَّكَاةِ وَالْهَبَاتِ ، وَالتَّحْرِيمِ يُسْتَعْمَلُ
فِي الظَّهَارِ وَالْأَيْمَانِ ، وَيَكُونُ تَحْرِيمًا عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَالتَّأْيِيدُ يَحْتَمِلُ تَأْيِيدَ
التَّحْرِيمِ ، وَتَأْيِيدَ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِهَذِهِ الْأَفَاطُ عَرُفُ الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَا يَخْصُلُ
الْوَقْفُ بِمُجَرَّدِهَا ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ فِيهِ . فَإِنْ انْضَمَّ إِلَيْهَا أَحَدُ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ، حَصَلَ
الْوَقْفُ بِهَا ، أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْضَمَّ إِلَيْهَا لَفْظَةٌ أُخْرَى تَخْلُصُهَا مِنَ الْأَفَاطِ الْخَمْسَةِ ، فَيَقُولُ :
صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَسَةً ، أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً . أَوْ يَقُولُ : هَذِهِ
مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أَوْ مُحَبَسَةٌ ، أَوْ مُسَبَّلَةٌ ، أَوْ مُؤَبَّدَةٌ . الثَّانِي ، أَنْ يَصِفَهَا بِصِفَاتِ
الْوَقْفِ ، فَيَقُولُ : صَدَقَةً لَا تَبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْقَرِينَةُ تُزِيلُ
الاشْتِرَاكَ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَتَوَيَّ الْوَقْفَ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا تَوَيَّ ، إِلَّا أَنَّ النِّيَّةَ / تَجْعَلُهُ وَقْفًا
فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ، لِعَدَمِ الْأُطْلَاعِ عَلَى مَا فِي الضَّمَائِرِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِمَا تَوَاه ،
لَرِمَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِظُهُورِهِ ، وَإِنْ قَالَ : مَا أَرَدْتُ الْوَقْفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمَا
تَوَيَّ .

(٥) تقدم تخریجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ ، ١٨٦ .

فصل : وظاهرُ مذهب أحمد أن الوقفَ يحصلُ بالفعل مع القرائن الدالة عليه ، مثل أن يُبنى مسجدًا ، ويُؤذن للناس في الصلاة فيه ، أو مقبرة ، ويُؤذن في الدفن فيها ، أو سقاية ، ويُؤذن في دخولها ، فإنه قال : في رواية أبي داود ، وأبي طالب ، في من أذخل بيتًا في المسجد وأذن فيه ، لم يرجع فيه . وكذلك إذا^(٦) اتخذ المقابر وأذن للناس ، والسقاية ، فليس له الرجوع ، وهذا قول أبي حنيفة . وذكر القاضي فيه رواية أخرى ، أنه لا يصير وقفًا إلا بالقول . وهذا مذهب الشافعي . وأخذَه القاضي من قول أحمد ، إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطًا على أرض ، ليَجعلها مقبرة ، وتوى بقلبه ، ثم بدله العود ؟ فقال : إن كان جعلها لله ، فلا يرجع . وهذا لا يتنافى الرواية الأولى ، فإنه أراد بقوله : إن كان جعلها لله أى توى بتحويلها جعلها لله . فهذا تأكيد للرواية الأولى ، وزيادة عليها ، إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية . وإن أراد بقوله : جعلها لله . أى : اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك ، من إذنه للناس في الدفن فيها ، فهى الرواية الأولى بعينها ، وإن أراد : وقفها^(٧) بلسانه ، فإدلال بفهمه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية ، وهذا لا يتنافى الرواية الأولى ، لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ، ولم يوجد هُنا ، فلا تنافى بينهما ، ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات ، فانتفت هذه الرواية ، وصار المذهب رواية واحدة . والله أعلم . واحتجوا بأن هذا تحييس أصل على وجه القرية ، فوجب أن لا يصح بدون اللفظ ، كالوقف على الفقراء . ولنا ، أن العرف جارٍ بذلك ، وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به ، كالقول ، وجرى مجرى من قدم إلى ضيفه طعامًا ، كان إذنا في أكله ، ومن ملاءخاية ماء على الطريق ، كان تسبيلًا له ، ومن نثر على الناس نقارًا ، كان إذنا في التقاطه ، وأبيح أخذه . وكذلك دخول الحمام ، واستعمال مائه من غير إذن مباح بدلالة الحال . وقد قدمنا في البيع أنه يصح بالمعاطاة من غير لفظ ،

(٦) في الأصل زيادة : « كان » .

(٧) في ب ، م ، « وقف » .

وكذلك الهبة والهدية ، لدلالة الحال ، فكذلك ههنا . وأما الوقف على المساكين ، ١٤٨/٥ و فلم تجز به عادة بغير لفظ ، ولو كان شيء جرث به العادة ، أو دلت الحال عليه ، كان كمسألتنا . والله أعلم .

٩١٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ)

وجملة ذلك أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً ، فقد صارت مَنَافِعُهُ جَمِيعُهَا لِلْمَوْقُوفِ عليه ، وزال عن الواقف ملكه ، وملك مَنَافِعُهُ ، فلم يجز أن يتنفع بشيء منها ، إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمُسْلِمِينَ ، فيدخل في جملتهم ، مثل أن يقف مسجداً ، فله أن يصلي فيه ، أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمُسْلِمِينَ ، فله أن يستقي منها ، أو سقاية ، أو شيئاً يعمُّ المُسْلِمِينَ ، فيكون كأحدِهِمْ . لا نعلم في هذا كله خلافاً . وقد روى عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه ، أنه سئل بئر رومة ، وكان ذلوه فيها كدلاء المُسْلِمِينَ .

٩٢٠ - مسألة ؛ قال : (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ، فَيَكُونَ لَهُ مِقْدَارُ مَا يَشْتَرِطُ)

وجملته أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن يتفق منه على نفسه ، صحَّ الوقف والشرط . نص عليه أحمد . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : يشترط في الوقف أني أتفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال : نعم . واحتج ، قال : سمعت ابن عيينة ، عن ابن طاووس ، عن أبيه ، عن حُجْرِ المَدْرِيِّ ، أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل منها أهلُه بالمعروف غير المتكبر . وقال القاضي : يصح الوقف ، رواية واحدة ؛ لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة . وبذلك قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو يوسف ، والزيتر ، وابن سريج . وقال مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن : لا يصح الوقف ؛ لأنه إزالة الملك ، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه ، كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما يتفق على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه ، كما لو باع شيئاً واشترط أن يتفق به . ولنا ، الخبر الذي ذكره الإمام أحمد ، ولأن عمر

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمَّا وَقَفَ قَالَ : وَلَا تَأْسَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا ،
 غَيْرَ مَتَمَوْلٍ فِيهِ ^(١) . وَكَانَ الْوَقْفُ فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ مَاتَ . وَلَئِنَّهُ إِذَا وَقَفَ وَقَفًا عَامًّا ،
 كَالْمَسَاجِدِ ، وَالسَّقَايَاتِ ، وَالرَّبَاطَاتِ ، وَالْمَقَابِرِ ، كَانَ لَهُ الْإِثْقَاعُ بِهِ ، فَكَذَلِكَ
 هَهُنَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ الْإِثْقَاعَ بِمُدَّةِ حَيَاتِهِ ، أَوْ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ مُعَيَّنَةٍ ،
 وَسِوَاءٍ قَدَّرَ مَا يَأْكُلُ مِنْهُ ، أَوْ أَطْلَقَهُ / ؛ فَإِنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، لَمْ يُقَدِّرْ مَا يَأْكُلُ
 الْوَالِي وَيُطْعِمُ إِلَّا بِقَوْلِهِ : بِالْمَعْرُوفِ . وَفِي حَدِيثِ صَدَقَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، أَنَّهُ شَرَطَ
 أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ غَيْرِ الْمُنْكَرِ . إِلَّا أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مُدَّةٌ مُعَيَّنَةٌ . فَمَاتَ
 فِيهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لَوَرَثَتِهِ ، كَالْوَبَاغِ دَارًا وَاشْتَرَطَ أَنْ يَسْكُنَهَا سَنَةً ، فَمَاتَ
 فِي أَثْنَائِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٤٨/٥ ط

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ أَهْلُهُ مِنْهُ ، صَحَّ الْوَقْفُ وَالشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شَرَطَ
 ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ . وَإِنْ اشْتَرَطَ أَنْ يَأْكُلَ مَنْ وَلِيَهُ مِنْهُ ، وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ
 رَضِيَ اللهُ عَنْهُ شَرَطَ ذَلِكَ فِي صَدَقَتِهِ ، الَّتِي اسْتَشَارَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنْ وَلِيَهَا
 الْوَاقِفُ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَيُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ وَلِيَ صَدَقَتَهُ . وَإِنْ وَلِيَهَا أَحَدٌ مِنْ
 أَهْلِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عَمَرَ كَانَتْ تَلِي صَدَقَتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، ثُمَّ وَلِيَهَا بَعْدَهَا
 عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمَرَ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَبِيعَهُ مَتَى شَاءَ ، أَوْ يَهَبَهُ ، أَوْ يَرْجِعَ فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ،
 وَلَا الْوَقْفُ . لَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ
 الشَّرْطُ ، وَيَصِحَّ الْوَقْفُ ، بِنَاءً عَلَى الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي
 الْوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ :
 يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ ، فَجَازَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْإِجَارَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ

(١) تقدم في صفحة ١٨٤ .

شَرَطُ يَتَأَنَّى مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَشَرَطِ أَنْ لَهُ يَبْعَهُ مَتَى شَاءَ ، وَلَئِنَّهُ إِذَا أَلَّ مِلْكًا لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ كَالْعَتَقِ ^(١) ، وَلَئِنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُ الْخِيَارِ فِيهِ ، كَالْهَبَةِ . وَيُقَارَى الْإِجَارَةُ ، فَإِنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، وَهِيَ تَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ الْخِيَارَ إِذَا دَخَلَ فِي الْعَقْدِ ، مَنَعَ ثُبُوتَ حُكْمِهِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ أَوْ التَّصَرُّفِ ، وَهَهُنَا لَوْ ثَبَتَ الْخِيَارُ ، لَكَبِتَ مَعَ ثُبُوتِ حُكْمِ الْوَقْفِ ، وَلَمْ يَمْنَعِ التَّصَرُّفُ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ فِي الْوَقْفِ أَنْ يُخْرِجَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيُدْخِلَ مَنْ شَاءَ مِنْ غَيْرِهِمْ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطُ يَتَأَنَّى مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَافْسَدَهُ . كَالْوَشَرَطِ أَنْ لَا يَتَّبَعَ بِهِ ^(٢) . وَإِنْ شَرَطَ لِلنَّاطِرِ أَنْ يُعْطَى مِنْ شَاءَ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَيُخْرَمَ مَنْ يَشَاءُ ، جَازٌ / ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِإِخْرَاجٍ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ مِنَ الْوَقْفِ ، وَإِنَّمَا عَلَّقَ اسْتِحْقَاقَ الْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، فَكَأَنَّهُ جَعَلَ لَهُ حَقًّا فِي الْوَقْفِ ، إِذَا اتَّصَفَ بِإِرَادَةِ الْوَالِي لِعَاطَتِهِ ^(٣) ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ حَقًّا إِذَا اتَّفَتَ تِلْكَ الصِّفَةُ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْمُشْتَتِلِينَ بِالْعِلْمِ ^(٤) مِنْ وَلَدِهِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِنْهُمْ مَنْ اشْتَقَلَ بِهِ دُونَ مَنْ لَمْ يَشْتَتِلْ ، فَلَوْ تَرَكَ الْمُشْتَتِلُ الْاسْتِغْنَاءَ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ ^(٥) ، وَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا جَعَلَ غُلُو دَارِهِ مَسْجِدًا دُونَ سَفْلِهَا ، أَوْ سَفْلَهَا دُونَ غُلُوها ، صَحَّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ يَتَّبِعُهُ هَوَاؤُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهَا ، كَذَلِكَ يَصِحُّ ^(٦) وَقَفُّهُ ، كَالذَّارِ جَمِيعِهَا ، وَلَئِنَّهُ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ الْمِلْكَ إِلَى مَنْ يَبْتَئِثُ لَهُ حَقُّ الْاسْتِقْرَارِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَجَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالْبَيْعِ .

(٢) فِي ب ، م : « كَالْعَقْدِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِعَاطَتِهِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٦) فِي ب ، م : « الْاسْتِحْقَاقِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَصَحَّ » .

فصل : وإن جعلَ وَسَطَ دارِهِ مَسْجِدًا ، ولم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفة : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الاسْتِطْرَاقَ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَبِيحُ الْاِتِّفَاعَ ، من ضَرُورَتِهِ الاسْتِطْرَاقُ ، فصَحَّ ، وإن لم يَذْكُرِ الاسْتِطْرَاقَ ، كما لو أَجَرَ يَتِيمًا من دارِهِ .

فصل : إِذَا وَقَفَ على نَفْسِهِ ، ثم على الْمَسَاكِينِ ، أو على وَلَدِهِ ، ففيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قال ، في رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وقد سُئِلَ عن هذا ، فقال : لا أَعْرِفُ الْوَقْفَ إِلَّا ما أَخْرَجَهُ اللَّهُ ، ^(٨) وفي سَبِيلِ اللَّهِ ^(٩) ، فَإِذَا وَقَفَ عَلَيْهِ حتى يَمُوتَ ، فلا أَعْرِفُهُ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ يكونُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ باطِلًا . وهل يَطْلُ الْوَقْفُ على مَنْ بَعْدَهُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ الْاِئْتِدَاءِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ ^(١٠) ، ولا يجوزُ أَنْ يُمْلِكَ الْإِنْسَانُ نَفْسَهُ من نَفْسِهِ ، كما لا يجوزُ أَنْ يَبِيعَ نَفْسَهُ مَالًا نَفْسِهِ ، ولأنَّ الْوَقْفَ على نَفْسِهِ إِنَّمَا حَاصِلُهُ مَنْعُ نَفْسِهِ التَّصَرُّفِ في رَقَبَةِ الْمِلْكِ ، فلم يَصِحَّ ذلك ، كما لو أَفْرَدَهُ بأن يَقُولَ : لا يَبِيعُ هذا ولا أَهْلُهُ ولا أَوْرَثُهُ . ونَقَلَ جَمَاعَةُ أَنَّ الْوَقْفَ صَحِيحٌ ، اختاره ابنُ أُمَيَّةَ بنُ أَبِي مُوسَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهي أَصَحُّ . وهو قولُ ابنِ أَبِي لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وأبي يوسُفَ ، وابنِ سُرَيْجٍ ؛ لما ذَكَرْنَا فيما إِذَا اشْتَرَطَ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ من مَنَافِعِهِ ، ولأنَّهُ يَصِحُّ أَنْ يَقِفَ وَقْفًا عامًّا فَيَنْتَفِعَ بِهِ ، كذلك إِذَا خَصَّ نَفْسَهُ بِاِتِّفَاعِهِ ، والأوَّلُ أَقْبَسُ .

١٤٩/٥ ظ ٩٢١ - مسألة ؛ قال : (والْباقِي على مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ وَأَوْلادِهِ الدُّكُورُ وَالْإِناثُ مِنْ أَوْلادِ الْبَيْنِ يَتَنَّهُمُ بالسَّوِيَّةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَقْفُ فَضْلًا بَعْضُهُمْ)
في هذه المسألة فصولٌ أَرْبَعَةٌ :

(٨ - ٨) في الأصل : « أو سبله » .

(٩) في الأصل : « أو للمنفعة » .

الأول : أنه إذا وَقَفَ على قَوْمٍ وأَوْلَادِهِمْ وَعَقِبِهِمْ وَنَسْلِهِمْ ، كان الوقف بين القومِ وأَوْلَادِهِمْ ، وَمَنْ حَدَّثَ مَنْ نَسْلِهِمْ ، على سَبِيلِ الاِشْتِرَاكِ ، إن لم تَقْتَرِنْ به قَرِينَةٌ تَقْتَضِي تَرْتِيبًا ؛ لأنَّ الواو تَقْتَضِي الاِشْتِرَاكَ ، فإذا اجْتَمَعُوا اشْتَرَكُوا ، ولم يُقَدِّمْ بعضهم على بعضٍ ، ويُشَارِكُ الآخِرُ الأوَّلُ ، وإن كان من البَطْنِ العاشرِ ، وإذا حَدَّثَ حَمَلٌ لم يُشَارِكْ حتى يَنْفَصِلَ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن لا يكون حَمَلًا ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمُ الوَلَدِ قَبْلَ انْفِصَالِهِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على أَوْلَادِي ، ثم على الْمَسَاكِينِ . أَوْ قال : عَلَى وَلَدِي ، ثم على الْمَسَاكِينِ . أَوْ على وَلَدِ فُلَانٍ ، ثم على الْمَسَاكِينِ . فقد رَوَى عن أَحَدِ مَا يَدُلُّ على أَنَّهُ يَكُونُ وَقْفًا على أَوْلَادِهِ ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، من الأَوْلَادِ الْبَيْنِ ، ما لم تَكُنْ قَرِينَةٌ تُصَرِّفُ عن ذلك . قال المَرْوُذِيُّ : قلتُ لأبي عبد الله : ما تقولُ في رَجُلٍ وَقَفَ ضِيعَةً على وَلَدِهِ ، فماتَ الأَوْلَادُ ، وتَرَكُوا التُّسُوَّةَ حَوَامِلَ ؟ فقال : كُلُّ ما كان من أَوْلَادِ الذَّكُورِ ، بَنَاتُ كُنَّ أَوْبَيْنَ ، فالضِيعَةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِمْ ، وما كان من أَوْلَادِ الْبَنَاتِ ، فليس لهم فيه ^(١) شَيْءٌ ؛ لأنَّهُمْ من رَجُلٍ آخَرَ . وقال أيضا في مَنْ وَقَفَ على وَلَدِ عِلى بنِ إِسْمَاعِيلَ ، ولم يَقُلْ : إن ماتَ وَلَدُ ^(٢) عِلى بنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِهِ ، فماتَ وَلَدُ عِلى بنِ إِسْمَاعِيلَ : دُفِعَ إلى وَلَدِهِ أيضا ؛ لأنَّ هذا من وَلَدِ عِلى بنِ إِسْمَاعِيلَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(٣) . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ وَإِنْ سَقَلُوا . وَلَمَّا قال : ﴿ وَلَا بُؤْيُوهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْسُدُّسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(٤) . فَتَنَاولَ وَلَدُ الْبَيْنِ ، وكذلك كُلُّ مَوْضِعٍ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى الْوَلَدَ دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ ، فالْمُطْلَقُ من كَلَامِ الْآدَمِيِّ إذا حَلَا عن قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ على الْمُطْلَقِ من كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى ، ويُفَسَّرُ بما يُفَسَّرُ به . ولأنَّ وَلَدَ وَلَدِهِ وَلَدٌ

(١) في الأصل : (منه) .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١ .

له ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ و ﴿ وَيَا بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ . وقال النبی ﷺ : « اَرْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »^(٤) . وقال : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ ابْنِ كِنَانَةَ »^(٥) . وَالْقَبَائِلُ كُلُّهَا تُنْسَبُ إِلَى جُلُودِهَا . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ / وَلَدَ الْيَمِينِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً . وقال القاضي ، وَأَصْحَابُهُ : لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْوَلَدِ بِحَالٍ ، سِوَاكَ فِي ذَلِكَ وَلَدَ الْيَمِينِ وَلَدَ الْبَنَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ حَقِيقَةً وَغُرْفًا إِنَّمَا هُوَ وَلَدُهُ لِصُلْبِهِ ، وَإِنَّمَا يُسَمَّى وَلَدَ الْوَلَدِ وَلَدًا بِحَاجَزًا ، وَلِهَذَا يَصِحُّ تَقْيُّهُ ، فَيُقَالُ : مَا هَذَا وَلَدِي ، إِنَّمَا هُوَ وَلَدُ وَلَدِي . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . فَهُوَ أَكْثَرُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَلَدُ وَلَدِي ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . دَخَلَ فِيهِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ وَالثَانِي ، وَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْبَطْنُ الثَّالِثُ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي ، وَلَدُ وَلَدِي ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ وَلَدِي . دَخَلَ فِيهِ ثَلَاثَةُ بَطْنُونَ دُونَ مَنْ بَعْدَهُمْ . وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمَطْلُوقُ ، فَأَمَّا مَعَ وَجُودِ دَلَالَةٍ تُصَرِّفُ إِلَى أَحَدِ الْمَحْمَلَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِ فُلَانٍ . وَهُمْ قَبِيلَةٌ لَيْسَ فِيهِمْ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ ، فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، أَوْ وَلَدِي . وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ صُلْبِهِ . أَوْ قَالَ : وَيُفْضَلُ وَلَدُ الْأَكْبَرِ أَوْ الْأَعْلَمِ عَلَى غَيْرِهِمْ . أَوْ قَالَ : فَإِذَا خَلَّتِ الْأَرْضُ مِنْ عَقَبِي عَادَ إِلَى الْمَسَاكِينِ . أَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدِي غَيْرَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . أَوْ غَيْرَ وَلَدِ فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : يُفْضَلُ الْبَطْنُ الْأَعْلَى عَلَى الثَّانِي . أَوْ قَالَ : الْأَعْلَى فَلَا أَعْلَى . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، فَهَذَا يُصَرَّفُ لَفْظُهُ إِلَى جَمِيعِ نَسْلِهِ وَعَاقِبَتِهِ . وَإِنْ اقْتَرَنْتَ بِهِ قَرِينَةٌ تُقْضِي تَخْصِيصَ أَوْلَادِهِ لِصُلْبِهِ بِالْوَقْفِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى وَلَدِي لِصُلْبِي . أَوْ الَّذِينَ يُلَوِّئِي . وَنَحْوُ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ الْأَوَّلِ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِذَا قُلْنَا بِالتَّعْمِيمِ فِيهِمْ ،

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب التحريض على الرمي ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب قول الله تعالى : واذكر في الكتاب إسماعيل ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب نسبة الجن إلى إسماعيل ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، في : باب الرمي في سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٣٦٤ ، ٥٠/٤ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من نفى رجلا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٧١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٧١/٢ .

إِمَّا لِلْقَرِيْبَةِ ، وَإِمَّا لِقَوْلِنَا بِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَقْتَضِي التَّعْيِيْمَ وَلَمْ يَكُنْ فِي لَفْظِهِ مَا يَقْتَضِي تَشْرِيْكًا وَلَا تَثْرِيْبًا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ كُلُّهُمْ عَلَى التَّشْرِيكِ ، لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اللَّفْظِ دُخُولًا وَاحِدًا ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ مُشْتَرَكًا ، كَمَا لَوْ أَقْرَهُم يَدَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى التَّرْتِيْبِ ، عَلَى حَسَبِ التَّرْتِيْبِ فِي الْمِيرَاثِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لقوله في مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدٍ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَلَمْ يَقُلْ : إِنْ مَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ . فَمَاتَ وَلَدُ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ ، وَتَرَكَ وَلَدًا ، فَقَالَ : إِنْ مَاتَ بَعْضُ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ دُفِعَ إِلَى وَلَدِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ . فَجَعَلَهُ لَوْلَدٍ مِنْ مَاتَ مِنْ وَلَدِ عَلَى بْنِ إِسْمَاعِيلَ عِنْدَ مَوْتِ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ أَنَّ وَلَدَ الْبَيْنِ لَمَّا دَخَلُوا فِي / قَوْلِ اللَّهِ ١٥٠/٥ ط تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وَلَمْ يَسْتَحِقْ وَلَدُ الْبَيْنِ شَيْئًا مَعَ وُجُودِ آبَائِهِمْ ، وَاسْتَحَقُّوا عِنْدَ فَقْدِهِمْ ، كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لَوْلَدٍ فَلَانٍ ، وَهُمْ قَبِيْلَةٌ ، فَلَا تَرْتِيْبَ فِيهِ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَإِنْ رَتَّبَ فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى وَلَدِي ، وَوَلَدَ وَلَدِي ، مَا تَنَاسَلُوا وَتَعَاقَبُوا ، الْأَعْلَى فَالْأَعْلَى ، أَوِ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبَ ، أَوِ الْأَوَّلُ فَلِأَوَّلَ ، أَوِ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ثُمَّ الْبَطْنُ الثَّانِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي ، أَوْ عَلَى أَوْلَادِي ، فَإِنْ انْقَرَضُوا فَعَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي . فَكُلُّ هَذَا عَلَى التَّرْتِيْبِ ، فَيَكُونُ عَلَى مَا شَرَطَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْبَطْنُ الثَّانِي شَيْئًا حَتَّى يَنْقَرِضَ الْبَطْنُ كُلُّهُ . وَلَوْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، كَانَ الْجَمِيعُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ ثَبَتَ بِقَوْلِهِ ، فَيَتَّبَعُ فِيهِ مُقْتَضَى كَلَامِهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِهِمْ مَا تَعَاقَبُوا وَتَنَاسَلُوا ، عَلَى أَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَلَى وَلَدٍ كَانَ مَا كَانَ جَارِيًا عَلَيْهِ جَارِيًا عَلَى وَلَدِهِ . كَانَ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى التَّرْتِيْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اقْتَضَى التَّشْرِيْكُ لَاقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، وَلَوْ جَعَلْنَا لَوْلَدِ الْوَلَدِ سَهْمًا مِثْلَ سَهْمِ أَبِيهِ ، ثُمَّ دَفَعْنَا إِلَيْهِ سَهْمَ أَبِيهِ ، صَارَ لَهُ سَهْمَانِ ، وَلَغَيْرِهِ سَهْمٌ ، وَهَذَا يُنَافِي التَّسْوِيَةَ ، وَلِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ وَلَدِ الْإِبْنِ عَلَى الْإِبْنِ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ إِرَادَةِ الْوَاقِفِ خِلَافَ هَذَا . فَإِذَا ثَبَتَ التَّرْتِيْبُ فَإِنَّهُ يَتَرْتَّبُ بَيْنَ

كل والِد^(٦) وولَدِه ، فإذا مات عن وَلَدٍ انْتَقَلَ إلى وَلَدِه سَهْمُه ، سواءَ بَقِيَ من البَطْنِ الأولِ أَحَدٌ أو لم يَبَقِ .

فصل : وإن رَتَّبَ بعضهم دُونَ بعضٍ ، فَقُلْتُ على وَلَدِي ، وولَدِ وَلَدِي ، ثم على أولادِهِمْ . أو على أولادِي ، ثم على أولادِ أولادِي وأولادِهِمْ ، ما تَنَاسَلُوا وتَعَاقَبُوا . أو قال : على أولادِي وأولادِ أولادِي ، ثم على أولادِهِمْ وأولادِ أولادِهِمْ ، ما تَنَاسَلُوا . فهو على ما قال ، يَشْتَرِكُ من شَرَكِ بينهم بالواو الْمُفْتَضِيَّةُ لِلْجَمْعِ والتَّشْرِيكِ ، ويَتَرْتَّبُ^(٧) مَن رَتَّبَهُ بِحَرْفِ التَّرتِيبِ . ففي الْمَسْأَلَةِ الأولى يَشْتَرِكُ الولَدُ وولَدُ الولَدِ ، ثم إذا انْقَرَضُوا صارَ^(٨) لمن بعدهم . وفي الثانية يَخْتَصُّ به الولَدُ ، فإذا انْقَرَضُوا صارَ^(٩) مُشْتَرَكًا بين مَن بعدهم . وفي الثالثة يَشْتَرِكُ فيه البَطْنانِ الأولانِ دُونَ غيرِهِم ، فإذا انْقَرَضُوا اشْتَرَكُ فيه مَن بعدهم .

فصل : وإن قال : وَقُلْتُ على أولادِي ، ثم على أولادِ أولادِي ، / على أَنَّهُ مَن مات من أولادِي عن وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِه ، أو فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَتِه ، أو لَوَلَدِ وَلَدِه ، أو لَوَلَدِ أَخِيهِ ، أو لِأَخَوَاتِه ، أو لَوَلَدِ أَخَوَاتِه . فهو على ما شَرَطَهُ . وإن قال : مَن مات منهم عن وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لَوَلَدِه ، وَمَن مات منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ لِأَهْلِ الوَقْفِ . وكان له ثَلَاثَةُ بَنِينَ ، فماتَ أَحَدُهُم عن ابْنَيْنِ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إليهما ، ثم ماتَ الثاني عن غيرِ وَلَدٍ ، فَنَصِيْبُهُ^(١٠) لِأَخِيهِ وابْنَتِي أَخِيهِ بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّهُم أَهْلُ الوَقْفِ . ثم إن ماتَ أَحَدُ ابْنَيْ الابْنِ عن غيرِ وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيْبُهُ إلى أَخِيهِ وعَمِّهِ ؛ لأنَّهُمَا أَهْلُ الوَقْفِ . ولو ماتَ أَحَدُ البَنَيْنِ الثَّلَاثَةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، وَخَلَفَ^(١١) أَخُوَيْهِ وابْنَتِي^(١٢) أَخِيهِ له ، فَنَصِيْبُهُ لِأَخَوَيْهِ^(١٣)

(٦) في م : « ولد » .

(٧) في م : « وترتيب » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) تكرر بعد هذا في م قوله : « لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه » السابق .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « لإخوته وبنى » .

(١١) في الأصل : « لأخوته » .

دون ابْنِي أَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ مَا دَامَ أَبُوهُمَا حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ أَبُوهُمَا ، صَارَ نَصِيبُهُ لهما . فَإِذَا مَاتَ الثَّالِثُ ، كَانَ نَصِيبُهُ لِابْنِي أَخِيهِ بِالسَّوِيَّةِ ، إِنْ لَمْ يُخْلَفْ وَلَكِنَّا ، وَإِنْ خُلِفَ ابْنًا وَاحِدًا ، فَلَهُ نَصِيبُ أَبِيهِ ، وَهُوَ النِّصْفُ ، وَلِابْنِي عَمِّهِ النِّصْفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ الرُّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ^(١٢) غَيْرِ وَلَدٍ ، كَانَ مَا كَانَ جَارِيًا عَلَيْهِ جَارِيًا عَلَى مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ^(١٣) مُرْتَبًا بِطَنًا بَعْدَ بَطْنٍ ، كَانَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ لِأَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَ الْبُطُونِ كُلِّهَا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْوَقْفِ سَوَاءٌ ، فَكَانُوا فِي دَرَجَتِهِ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ ، وَلَئِنَّا لَوْ صَرَفْنَا نَصِيبَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، أَفْضَى إِلَى تَفْضِيلِ بَعْضِهِمْ ، وَالتَّشْرِيكُ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ وَجُودُ هَذَا الشَّرْطِ كَعَدَمِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ سَكَتَ عَنْهُ ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ نَصِيبُهُ إِلَى سَائِرِ أَهْلِ الْبَطْنِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي دَرَجَتِهِ فِي الْقُرْبِ إِلَى الْجَدِّ الَّذِي يَجْمَعُهُمْ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ إِخْوَتُهُ وَبَنُو عَمِّهِ وَبَنُو بَنِي عَمِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُمْ سَوَاءٌ فِي الْقُرْبِ ، وَلَئِنَّا لَوْ شَرَكْنَا بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ فِي نَصِيبِهِ ، لَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَائِدَةٌ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصَدَ شَيْئًا يُفِيدُ . فَعَلَى هَذَا إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِ أَحَدٌ ، بَطَلَ هَذَا الشَّرْطُ ، وَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْبَطْنِ الْأَوَّلِ ، عَلَى أَنَّهُ مِنْ مَاتَ مِنْهُمْ عَنْ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إِلَى وَلَدِهِ ، وَمِنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُهُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ نَصِيبُهُ بَيْنَ أَهْلِ الْوَقْفِ كُلِّهِمْ ، يَتَسَاوَوْنَ فِيهِ / ، ١٥١/٥ ط سَوَاءٌ كَانُوا^(١٤) مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ بُطُونٍ ، وَسَوَاءٌ تَسَاوَتْ أُنْصِبَاؤُهُمْ فِي الْوَقْفِ ، أَوْ اخْتَلَفَتْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنٍ^(١٥) ، سَوَاءٌ كَانُوا مِنْ أَهْلِ

(١٢) فِي م : () مِنْ .

(١٣) فِي م : () الْوَقْفِ .

(١٤) فِي م : () كَانَ .

(١٥) فِي م : () بَطْنُهُ .

الْوَقْفِ أَوْ لَمْ يَكُونُوا ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ ثَلَاثَةً ، فَمَاتَ أَحَدُهُمْ عَنْ ابْنِ ، ثُمَّ مَاتَ الثَّانِي عَنْ ابْنَيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ أَخَاهُ وَعَمَّهُ وَابْنَ عَمِّهِ وَابْنًا لِعَمِّهِ الْحَيِّ ، فَيَكُونُ تَصْيِيهُ بَيْنَ أَخِيهِ وَابْنَتِي عَمِّهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ لِأَهْلِ بَطْنِهِ مِنْ أَهْلِ الْوَقْفِ ، فَيَكُونُ تَصْيِيهُ عَلَى هَذَا الْأَخِيهِ وَابْنِ عَمِّهِ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِ فِي النَّسَبِ مَنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ بِحَالٍ ، كَرَجُلٍ لَهُ أَرْبَعَةُ بَنِينَ ، وَقَفَّ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ ، وَتَرَكَ الرَّابِعَ ، فَمَاتَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ عَنْ غَيْرِ وَلَدٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلرَّابِعِ فِيهِ شَيْءٌ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَأُشْبِهَ ابْنَ^(١٦) عَمِّهِمْ .

فصل : وَإِنْ وَقَفَّ عَلَى بَنِيهِ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، عَلَى أَنَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ^(١٧) مِنْ فُلَانٍ وَفُلَانٍ وَأَوْلَادِهِمْ عَنْ وَلَدٍ فَتَصْيِيهِ لَوْلَدِهِ ، وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ فَتَصْيِيهِ لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا شَرَطَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ بَنُونَ وَبَنَاتٌ ، فَقَالَ : مِنْ مَاتَ مِنَ الذَّكُورِ فَتَصْيِيهِ لَوْلَدِهِ ، وَمِنْ مَاتَ مِنَ الْبَنَاتِ فَتَصْيِيهَا لِأَهْلِ الْوَقْفِ . فَهُوَ عَلَى مَا قَالَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، عَلَى أَنْ يُصَرَّفَ إِلَى الْبَنَاتِ مِنْهُ الْآلُفُ ، وَالْبَاقِي لِلْبَنِينَ . لَمْ يَسْتَحِقَّ الْبَنُونَ شَيْئًا حَتَّى تَسْتَوْفَى الْبَنَاتُ الْآلُفَ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِلْبَنَاتِ مُسَمًى ، وَجَعَلَ لِلْبَنِينَ الْفَاضِلَ عَنْهُ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا قَالَ ، فَجَعَلَ الْبَنَاتُ كَذَوِي الْفُرُوضِ الَّذِينَ سَمَّى اللَّهُ لَهُمْ قَرْضًا ، وَجَعَلَ الْبَنِينَ كَالْعَصَبَاتِ الَّذِينَ لَا يَسْتَحِقُّونَ إِلَّا مَا فَضَّلَ عَنْ ذَوِي الْفُرُوضِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ فَقَالَ : وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْابْنَيْنِ الْمُسَمَّيَيْنِ ، وَعَلَى أَوْلَادِهِمَا ، وَأَوْلَادِ الثَّالِثِ ، وَلَيْسَ لِلثَّالِثِ شَيْءٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَدْخُلُ الثَّالِثُ فِي الْوَقْفِ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدًا قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : وَقَفْتُ هَذِهِ الضَّيْعَةَ عَلَى وَلَدِي فُلَانٍ وَفُلَانٍ ، وَعَلَى وَلَدِي وَلَدِي . وَلَهُ وَلَدٌ غَيْرُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : بَنِي .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

هؤلاء ، قال : يَشْتَرِكُونَ فِي الْوَقْفِ . وَاجْتَنَحَ الْقَاضِي بَأْنَ قَوْلَهُ : وَلَيْدَى . يَسْتَعْرِقُ
الْجِنْسَ ، فَيُعْمُ الْجَمِيعَ ، وقوله : فلان وفلان . تَأْكِيْدٌ لِبَعْضِهِمْ ، فَلَا يُوجِبُ إِخْرَاجَ
بَقِيَّتِهِمْ ، كَالْعَطْفِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ
وَمِيكَالَ ﴾ (١٨) . وَلَنَا ، أَنَّهُ ابْدَلَ بَعْضَ / الْوَلَدِ مِنَ اللَّفْظِ الْمُتَّوَالِ لِلْجَمِيعِ ، فَاجْتَنَصَ
بِالْبَعْضِ الْمُتَبَدِّلِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدَى فَلَانٍ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ ابْدَلَ الْبَعْضُ يُوجِبُ
اجْتِنَاصَ الْحُكْمِ بِهِ ، كَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ
إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١٩) . لَمَّا اخْتَصَّ الْمُسْتَطِيعَ بِالذَّكْرِ ، اخْتَصَّ الْوُجُوبُ بِهِ . وَلَوْ قَالَ :
ضَرَبْتُ زَيْدًا رَأْسَهُ . وَرَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ . اخْتَصَّ الضَّرْبُ بِالرَّأْسِ ، وَالرُّؤْيُ بِالْوَجْهِ .
وَمِنْهُ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَجْعَلُ الْخَبِيثَ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (٢٠) . وَقَوْلُ الْقَائِلِ :
طَرَحْتُ الثَّيَابَ بَعْضَهَا فَوْقَ بَعْضٍ . فَإِنَّ الْفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالْبَعْضِ مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ
الْأَوَّلِ . كَذَا هُنَا . وَفَارَقَ الْعَطْفَ ، فَإِنَّ عَطْفَ الْخَاصِّ عَلَى الْعَامِّ يَقْتَضِي تَأْكِيْدَهُ ،
لَا تَخْصِيصَهُ . وَقَوْلُ أَحْمَدَ : هُمْ شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَعُودَ إِلَى أَوْلَادِهِ أَوْ لَدَى ، أَيْ يَشْتَرِكُ
أَوْلَادُ الْمُوقُوفِ عَلَيْهِمَا (٢١) وَأَوْلَادُ غَيْرِهِمْ ؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْوَاقِفِ فِيهِمْ ، وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ
كَلَامِهِ عَلَيْهِ ، لِإِقْيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى وَلَدَى فَلَانٍ وَفُلَانٍ ، ثُمَّ عَلَى
الْمَسَاكِينِ . خُرُجٌ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا . وَيَحْتَمِلُ (٢٢) عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي (٢٣)
أَنْ يَدْخُلَ فِي الْوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ قَوْلَهُ :
وَقَفْتُ عَلَى وَلَدَى . يَتَنَاوَلُ نَسْلَهُ وَعَاقِبَتَهُ كُلَّهَا .

فصل : ومن وقف على (٢٣) أولاده أو أولاد غيره (٢٢) ، وفيهم حمل ، لم يستحق

(١٨) سورة البقرة ٩٨ .

(١٩) سورة آل عمران ٩٧ .

(٢٠) سورة الأنفال ٣٧ .

(٢١) في الأصل : « عليهم » .

(٢٢ - ٢٣) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٢) في الأصل : « أولاد أو أولاد غيره » . وفي م : « أولاد أو أولاد غيره » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

شَيْئًا قَبْلَ انْفِصَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا قَبْلَ انْفِصَالِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي مَنْ وَقَفَ لِنَحْلٍ عَلَى قَوْمٍ ، وَمَا تَوَالَّدُوا ، ثُمَّ وَلَدَ مَوْلُودٌ ؛ فَإِنْ كَانَتْ
النَّحْلُ قَدْ أُبْرِتْ ، فَلَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ ، وَهُوَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أُبْرِتْ ، فَهُوَ مَعَهُمْ .
وَإِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّهَا قَبْلَ التَّأْيِيرِ تَتَّبِعُ الأَصْلَ فِي البَيْعِ ، وَهَذَا المَوْلُودُ^(٢٤) يَسْتَحِقُّ
نَصِيبَهُ مِنَ الأَصْلِ فَيَتَّبِعُهُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَرَةِ ، كَالْوِاقِفِ ذَلِكَ النَّصِيبَ مِنَ الأَصْلِ ،
وَبَعْدَ التَّأْيِيرِ لَا تَتَّبِعُ الأَصْلَ ، وَيَسْتَحِقُّهَا مَنْ كَانَ لَهُ الأَصْلُ ، فَكَانَتْ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ
الأَصْلَ كَانَ كُلَّهُ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّ ثَمَرَتَهُ ، كَالْوِاقِفِ هَذَا النَّصِيبَ مِنْهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ المَوْلُودُ
مِنْهَا شَيْئًا كَالْمُشْتَرِي . وَهَكَذَا الحُكْمُ فِي سَائِرِ ثَمَرِ الشَّجَرِ الظَّاهِرِ ، فَإِنَّ المَوْلُودَ
لَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ شَيْئًا ، وَيَسْتَحِقُّ مِمَّا^(٢٥) ظَهَرَ بَعْدَ وِلَادَتِهِ . وَإِنْ كَانَ الوَقِفُ أَرْضًا فِيهَا
زَرْعٌ يَسْتَحِقُّهُ البَائِعُ ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ المُشْتَرِي ، فَلِلْمَوْلُودِ حِصَّتُهُ
مِنْهُ ؛ لِأَنَّ المَوْلُودَ يَتَجَدَّدُ اسْتِحْقَاقُهُ لِلأَصْلِ ، كَتَجَدُّدِ مِلْكِ المُشْتَرِي فِيهِ .

١٥٢/٥ ط

الفصل الثانی : إِذَا وَقَفَ عَلَى قَوْمٍ ، / وَأَوْلَادِهِمْ ، وَعَاقِبَتِهِمْ ، وَنَسْلِهِمْ . دَخَلَ
فِي الوَقِفِ وَلَدُ البَيْنِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ، فَأَمَّا وَلَدُ البَنَاتِ ، فَقَالَ الخِرَقِيُّ : لَا
يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ : مَا كَانَ مِنْ وَلَدِ البَنَاتِ فَلَيْسَ
لَهُمْ فِيهِ شَيْءٌ . فَهَذَا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْدَى إِلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ
مَقْصُورًا عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَلَمْ يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِهِ . وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ فِيمَا تَقَدَّمَ .
وَمِمَّنْ قَالَ إِنَّهُ^(٢٦) لَا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ فِي الوَقِفِ الذِّي عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ،
مَالِكٌ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَهَكَذَا إِذَا قَالَ : عَلَى ذُرِّيَّتِهِمْ وَنَسْلِهِمْ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ،
وَعَبْدُ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ البَنَاتِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُونُسَ ؛
لِأَنَّ البَنَاتِ أَوْلَادُهُ ،^(٢٧) فَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ الأَوْلَادِ^(٢٨) حَقِيقَةً ، فَيَجِبُ أَنْ يَدْخُلُوا فِي

(٢٤) فِي الأَصْلِ : هُوَ المَوْجُودُ .

(٢٥) فِي الأَصْلِ : مِمَّا .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٧ - ٢٨) فِي : هُوَ وَأَوْلَادُهُنَّ أَوْلَادُ .

الْوَقْفِ ، لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لَهُمْ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَوَحَّاهَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَعِيسَى ﴾ (٢٨) . وهو من وَلَدِ بَنِيهِ ، فَجَعَلَهُ مِنْ ذُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى قِصَّةَ عِيسَى وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَإِسْمَاعِيلَ وَإِدْرِيسَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ ﴾ (٢٩) . وَعِيسَى مَعَهُمْ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إِنْ أُنْشِىَ هَذَا سَيِّدٌ » (٣٠) . وَهُوَ وَلَدُ بَنِيهِ . وَلَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَحَلَّائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ (٣١) . دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ حَلَّائِلُ أَبْنَاءِ الْبَنَاتِ ، وَلَمَّا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى الْبَنَاتِ ، دَخَلَ فِي التَّحْرِيمِ بَنَاتُهُنَّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ﴾ . فَدَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ ، وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ ذُكِرَ فِيهِ الْوَلَدُ فِي الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ رَجُلٍ ، وَقَدْ صَارُوا قَبِيلَةً ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَيْنِ دُونَ وَلَدِ الْبَنَاتِ بِالْإِتِّفَاقِ ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرُوا قَبِيلَةً . وَلَئِنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِ الْعَبَّاسِ فِي عَصْرِنَا ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا وَقَفَ عَلَيْهِمْ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَئِنْ وَلَدَ الْبَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إِلَى آبَائِهِمْ دُونَ أُمَّهَاتِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ (٣٢) :

(٢٨) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢٩) سورة مريم ٥٨ .

(٣٠) تقدم تخريجه في : ٩٨/٤ .

(٣١) سورة النساء ٢٣ .

(٣٢) نسب البيت للفرزدق . وهو في : الحماسة ، لأبي تمام ٢٧٤/١ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز ٣٧٤ .

يَتُونَا يَتُو أَبْنَانُنَا وَيَتَانُنَا يَتُونُهُنْ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

و قولهم : إناهم أولاد / أولاد^(٣٣) حقيقة . قلنا : إلا أنهم لا يتسبون إلى الواقف عرفاً ، ولذلك لو قال : أولاد أولادى المتسبين إلى . لم يدخل هؤلاء في الوقف . ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمية ليس بهاشمى ، ولا ينسب إلى أبيها . وأما عيسى عليه السلام ، فلم يكن له أب ينسب إليه ، فنسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال عيسى ابن مريم ، وغيره إنما ينسب إلى أبيه ، كبحى بن زكريا . وقول النبي ﷺ : « إنا أنبي هذا سيد » . يجوز بغير خلاف ، بدليل قول الله تعالى : ﴿ مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾^(٣٤) . وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأثرين ، فأمّا إن وجد ما يصرّف اللفظ إلى أحدهما ، انصرف إليه . ولو قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن يولد البنات سهماً ، ويولد البنين سهمين . أو : فإذا غلبت الأرض ممن يرجع نسبه إلى من قبل أب أو أم ، كان للمساكين . أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات ، وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف ، دخلوا في الوقف . وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى المتسبين إلى ، أو غير ذوى الأرحام ، أو نحو ذلك . لم يدخل فيه ولد البنات . وإن قال : على ولدى فلان وفلانة وفلانة^(٣٥) ، وأولادهم ، دخل فيه ولد البنات . وكذلك لو قال : على أنه من مات منهم عن ولده فنصيبه لولده . وإن قال الهاشمية : وقف على أولادى ، وأولاد أولادى الهاشمين . لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمى . فأمّا من كان هاشمياً من غير أولاد بيته ، فهل يدخلون ؟ على وجهين ، أولاهما ، أنهم يدخلون ، لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً ، كونهم من أولاد أولاده ، وكونهم هاشميين . والثاني ، لا يدخلون ، لأنهم لم يدخلوا في مطلق

(٣٣) في الأصل : أولاده .

(٣٤) سورة الأحزاب ٤٠ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

أَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يُقَلِّ الْهَاشِمِيُّينَ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ
أَوْلَادِي ، مِمَّا يُنْسَبُ إِلَى قَبِيلَتِي . فَكَذَلِكَ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِ رَجُلٍ ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ ، اسْتَوَى فِيهِ الذَّكْرُ
وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ تَشْرِيكَ^(٣٦) بَيْنَهُمْ ، وَإِطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَهُمْ
بشَىءَ ، وَكَوَلَّدَ الْأُمَّ فِي الْمِيرَاثِ حِينَ شَرَّكَ اللَّهُ تَعَالَى بَيْنَهُمْ فِيهِ ، فَقَالَ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ
فِي الثَّلَاثِ ﴾^(٣٧) . تَسَاوَوْا فِيهِ ، وَلَمْ يُفْضَلْ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي
مِيرَاثِ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ وَوَلَدِ / الْأَبِ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا
وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا فَضَّلَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَهُوَ عَلَى مَا قَال ، فَلَوْ قَالَ : وَقَفْتُ
عَلَى أَوْلَادِي ، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي ، عَلَى أَنَّ لِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، وَلِلْأُنْثَى سَهْمًا ، أَوِ لِلذَّكَرِ
مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ مِيرَاثِهِمْ ، أَوْ عَلَى حَسَبِ قَرَائِصِهِمْ^(٣٨) ، أَوْ
بِالْعَكْسِ مِنْ هَذَا ، أَوْ عَلَى أَنَّ لِلْكَبِيرِ ضِعْفَ مَا لِلصَّغِيرِ ، أَوِ لِلْعَالِمِ ضِعْفَ مَا لِلْجَاهِلِ ،
أَوِ لِلْعَائِلِ ضِعْفَ مَا لِلْغَنِيِّ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ عَيْنَ التَّفْضِيلِ وَاحِدًا مُعَيَّنًا ، أَوْ وَلَدَهُ ،
أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ عَلَى مَا قَال ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مُقَوَّضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ تَفْضِيلُهُ
وَتَرْتِيبُهُ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ إِخْرَاجَ بَعْضِهِمْ بِصِفَةٍ^(٣٩) وَرَدَّهُ بِصِفَةٍ^(٤٠) ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ :
مَنْ تَزَوَّجَ مِنْهُمْ فَلَهُ ، وَمَنْ فَارَقَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ عَكْسَ ذَلِكَ ، أَوْ مَنْ حَفِظَ الْقُرْآنَ فَلَهُ ،
وَمَنْ نَسِيَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَمَنْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ فَلَهُ ، وَمَنْ تَرَكَ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، أَوْ مَنْ كَانَ
عَلَى مَذْهَبٍ كَذَا فَلَهُ ، وَمَنْ خَرَجَ مِنْهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ . فَكُلُّ هَذَا صَحِيحٌ عَلَى مَا شَرَطَ .
وَقَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَهُ صَدَقَةً عَلَى بَنِيهِ لَا تَبَاغُ وَلَا تَوْهَبُ ،

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرَك » .

(٣٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

(٣٨) فِي الْأَصْلِ : « قَدَر » .

(٣٩ - ٣٩) سَقَطَ مِنْ : « .

وَأَنَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ أَنْ تَسْكُنَ غَيْرَ مُضِرَّةٍ وَلَا مُضَرٍّ بِهَا ، فَإِنْ اسْتَعْتَتْ بِزَوْجٍ فَلَا حَقَّ لَهَا فِي الْوَقْفِ . وَلَيْسَ هَذَا تَعْلِيلًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بَلِ الْوَقْفُ مُطْلَقٌ وَالْإِسْتِحْقَاقُ لَهُ بِصِفَةٍ . وَكُلُّ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

فصل : وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَسِّمَ الْوَقْفَ عَلَى أَوْلَادِهِ ، عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْيَرَاثَ بَيْنَهُمْ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنثَى ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ الْقَرْبَةَ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَقَدْ اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِبْصَالٌ لِلْمَالِ إِلَيْهِمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ الْيَرَاثِ ، كَالْعَطِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الذَّكَرَ فِي مِطْنَةِ الْحَاجَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْأُنثَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْعَادَةِ يَتَزَوَّجُ ، وَيَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ ، فَالذَّكَرُ تَجِبُ عَلَيْهِ تَفَقُّعُ امْرَأَتِهِ^(٤٠) ، وَأَوْلَادِهِ ، وَالْمَرْأَةُ يَتَفَقَّعُ عَلَيْهَا زَوْجُهَا^(٤١) وَلَا يَلْزَمُهَا^(٤٢) تَفَقُّعُ أَوْلَادِهَا ، وَقَدْ فَضَّلَ اللَّهُ الذَّكَرَ عَلَى الْأُنثَى فِي الْيَرَاثِ عَلَى وَفْقِ هَذَا الْمَعْنَى ، فَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِهِ . وَيَتَعَدَّى إِلَى الْوَقْفِ وَإِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْعَطَايَا وَالصَّلَاتِ .

و ١٥٤/٥

وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا أَصْلَ لَهُ ، وَهُوَ مُلْقَى بِالْيَرَاثِ وَالْعَطِيَّةِ . / فَإِنْ خَالَفَ فَسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنثَى ، أَوْ فَضَّلَهَا عَلَيْهِ ، أَوْ فَضَّلَ بَعْضَ الْبَنِينَ أَوْ بَعْضَ الْبَنَاتِ عَلَى بَعْضٍ ، أَوْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِالْوَقْفِ دُونَ بَعْضٍ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِنْ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الْأَثَرَةِ ، فَأَكْرَهُهُ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنَّ بَعْضَهُمْ لَهُ عِيَالٌ وَبِهِ حَاجَةٌ . يَعْنِي فَلَا بَأْسَ بِهِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ الْمَرْدُودَةَ مِنْ بَنَاتِهِ دُونَ الْمُسْتَعْنِيَةِ مِنْهُنَّ بِصَدَقَتِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، لَوْ خَصَّ الْمُشْتَغِلِينَ بِالْعِلْمِ مِنْ أَوْلَادِهِ بِوَقْفِهِ ، تَحْرِيطًا لَهُمْ عَلَى طَلَبِ الْعِلْمِ ، أَوْ ذَا الدِّينِ دُونَ الْفُسَّاقِ ، أَوْ الْمَرِيضِ ، أَوْ مَنْ لَهُ فَضْلٌ مِنْ أَجْلِ فَضِيلَتِهِ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِّيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ جِدَادَ عَشْرِينَ وَسَقًا دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ^(٤٣) ، وَحَدِيثُ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ :

(٤٠) فِي الْأَصْلِ : « زَوْجَتُهُ » .

(٤١ - ٤٢) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا » .

(٤٣) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النَحْلِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمَوْطَأُ ٧٥٢/٢ . وَابْيَهَى ، =

بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين ، إن حدث به حدث ، أن تمعنا وصرمة بن الأكوخ ، والعبد الذي فيه ، والمائة سهم التي بيئير ، ورفيقه الذي فيه ، الذي أطعمه محمد ﷺ بالواد ، ثلثه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأي من أهلها ، أن لا يناع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحرور وذوى القرى ، لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشتري رفيقاً منه . رواه أبو داود^(١) . وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوانها وأخواتها .

٩٢٢ - مسألة : قال : (فَإِذَا لَمْ يَنْقُ مِنْهُمْ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ)

يعنى إذا وقف على قوم وتسليمهم ، ثم على المساكين ، فانقضى القوم وتسليمهم ، فلم يبق منهم أحد ، رجع إلى المساكين ، ولا^(٢) يتنقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من تسليم باقياً ؛ لأنه رتبهم للمساكين بعدهم . والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم ، وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ؛ لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما ، وهو الحاجة والفاقة ، ولهذا سمي الله عز وجل المساكين ، فى مصرف كفارة اليمين ، وكفارة الظهار ، وفدية الأذى ، وتناولهما جميعاً ، وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء فى قوله : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُخْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(٣) . وفى قوله : ﴿ وَتَوَاتَوْهَا الْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾^(٤) . تناول القسمين ، وكل / موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين ، إلا فى الصدقات ، لأن الله تعالى جمع بين القسمين ،

== : باب شرط القبض فى الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم فى العطية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٠/٦ ، ١٧٨ .

(٤٣) فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢ / ١٠٥ .

(١) فى ب ، م : « ولم يتنقل » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٧١ .

وَمَيَّزَ بَيْنَ الْمُسَمَّيْنِ ، فَاحْتَجَّ إِلَى التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا ، وَفِي غَيْرِ الصَّدَقَاتِ يُسَمَّى ^(٤) الْكُلُّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَسْمَاءِ ، فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَسْمَاءِ بِالْوَقْفِ أَيْضًا ، فَقَالَ : وَقَفْتُ هَذَا عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، نَصَفْنِي ، أَوْ ثَلَاثًا . وَجَبَ التَّمْيِيزُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ^(٥) ، فَتَرْتَأَاهُمَا مِنْزِلَتَهُمَا مِنْ سِيَاهِمِ الصَّدَقَاتِ . وَإِنْ قَالَ : عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . فَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ جَوَازُ الْاِقْتِصَارِ عَلَى أَحَدِ الصَّنِفَيْنِ ، وَإِبَاحَةُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّكَاةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ صَنِيفٍ ، بِنَاءً عَلَى الْقَوْلِ فِي الزَّكَاةِ أَيْضًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَعْمِيمُهُمْ بِالْمَعْطِيَةِ ، كَمَا لَا يَجِبُ اسْتِيعَابُهُمْ بِالزَّكَاةِ ، وَلَا فِي أَنَّهُ يَجُوزُ التَّفْضِيلُ بَيْنَ مَنْ يُعْطِيهِ مِنْهُمْ ، سَوَاءً كَانُوا ذُكُورًا أَوْ إُنَاثًا ، أَوْ كَانَ الْوَقْفُ ابْتِدَاءً ، أَوْ اتَّقَلَّ إِلَيْهِمْ عَنْ غَيْرِهِمْ . وَضَابِطُ هَذَا أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ وَاسْتِيعَابَهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، وَجَبَ اسْتِيعَابُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، إِذَا لَمْ يُفْضَلِ الْوَاقِفُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ ، كَالْمَسَاكِينِ ، أَوْ قَبِيلَةٍ كَبِيرَةٍ كَبْنَى تَمِيمٍ وَبَنَى هَاشِمٍ ، جَازَ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ وَإِلَى أَكْثَرِ مِنْهُ ، وَجَازَ التَّفْضِيلُ وَالتَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ وَقْفَهُ عَلَيْهِمْ ، مَعَ عِلْمِهِ بِتَعَدُّدِ اسْتِيعَابِهِمْ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُرِدْهُ ، وَمَنْ جَازَ جُزْأَتَهُ ، جَازَ تَفْضِيلُ غَيْرِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ فِي ابْتِدَائِهِ عَلَى مَنْ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ^(٦) ، فَصَارَ مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُ ، كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ ، فَصَارُوا قَبِيلَةً كَبِيرَةً تَخْرُجُ عَنِ الْحَصْرِ ، مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى رَضَى اللَّهِ عَنْهُ عَلَى وَلَدِهِ وَنَسْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ تَعْمِيمُ مَنْ أُمَكِّنَ مِنْهُمْ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ كَانَ وَاجِبًا ، وَكَذَلِكَ التَّسْوِيَةُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ ، وَجَبَ مِنْهُ مَا أُمَكِّنَ ، كَالوَاجِبِ الَّذِي يَعْجُزُ عَنْ بَعْضِهِ ؛ وَلِأَنَّ الْوَاقِفَ هُنَا ^(٧) أَرَادَ التَّعْمِيمَ وَالتَّسْوِيَةَ ، لِإمكانِهِ وَصْلَاحِ

(٤) فِي م : يَسْتَحِقُّ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : اسْتِيعَابُهُمْ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

لَفَظُهُ لَذَلِكَ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِمَا أَمَكَّنَ مِنْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا حَالَ الْوَقْفِ مَعْنً (٨) لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِمْ .

فصل : وإن وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، أَوْ ابْنِ السَّبِيلِ ، أَوْ الرَّقَابِ ، أَوْ الْغَارِمِينَ ، فَهَمُ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، لَا يَعْدُوهُمْ إِلَى غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ مِنْ كَلَامِ الْآدَمِيِّينَ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي الشَّرْعِ ، فَيُنْظَرُ / ؛ مِنْ كَانَ يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِنَ الصَّدَقَاتِ ، فَالْوَقْفُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، وَشَرْحُهُمْ يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ الصَّدَقَاتِ ، صَرَفَ إِلَيْهِمْ ، وَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنَ الْوَقْفِ مِثْلَ الْقَدْرِ الَّذِي يُعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ ، لَا يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ ، فَيُعْطَى الْفَقِيرُ وَالْمَسْكِينُ مَا يَتِمُّ بِهِ غَنَاؤُهُ ، وَالْغَارِمُ قَدْرَ مَا يَقْضِي غُرْمَهُ ، وَالْمُكَاتِبُ قَدْرَ (٩) مَا يُؤَدِّي بِهِ كِتَابَتَهُ ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُلْغُهُ ، وَالْغَارِي مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِعَزْوِهِ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا . وَاتَّخِلَفَ فِي قَدْرِ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْغِنَى ، فَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ ، فِي الرَّجُلِ يُعْطَى مِنَ الْوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ الْوَاقِفُ ذَكَرَ فِي كِتَابِهِ الْمَسَاكِينَ ، فَهُوَ مِثْلُ الزَّكَاةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا أُعْطِيَ مَا شَاءَ وَكَيْفَ شَاءَ . فَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى الْحَاقَةِ بِالزَّكَاةِ ، فَيَكُونُ الْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي الزَّكَاةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمِيعِ الْأَصْنَافِ ، أَوْ عَلَى صِنْفَيْنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَهَلْ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَجِبُ إِعْطَاءُ بَعْضِ كُلِّ صِنْفٍ مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الزَّكَاةِ .

فصل : وَإِذَا وَقَفَ عَلَى سَبِيلِ اللَّهِ ، وَسَبِيلِ الثَّوَابِ ، وَسَبِيلِ الْخَيْرِ ، فَسَبِيلُ اللَّهِ هُوَ الْعَزُّ وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، فَيُصْرَفُ ثُلُثُ الْوَقْفِ إِلَى مَنْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ السَّهْمُ مِنَ الزَّكَاةِ ، وَهُمْ الْعَزَاةُ الَّذِينَ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الدِّيَّانِ (١٠) ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ ، وَسَائِرُ

(٨) فِي م : : مَّا .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي م : : الدِّيَّانِ .

الْوَقْفُ يُصَرَّفُ إِلَى كُلِّ مَا فِيهِ أَجَرٌ وَمَثْوَةٌ وَخَيْرٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْزَأُ الْوَقْفُ ثَلَاثَةً أَجْزَاءً ، فَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ ، وَجُزْءٌ يُصَرَّفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الْفُقَرَاءِ ، لِأَنَّهُمْ أَكْثَرُ الْجِهَاتِ ثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « صَدَقْتُكَ عَلَى ذِي الْفَرَايَةِ صَدَقَّةً وَصِلَّةً » ^(١) . وَالثَّالِثُ يُصَرَّفُ إِلَى مَنْ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِهِ ، وَهُمْ خَمْسَةُ أَصْنَافٍ ؛ الْفُقَرَاءُ ، وَالْمَسَاكِينُ ، وَالرَّقَابُ ، وَالْغَارِمُونَ لِمَصْلَحَتِهِمْ ، وَابْنُ السَّبِيلِ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ حَاجَةٍ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِمْ فِي الْقُرْآنِ ، فَكَانَ مَنْ نَصَّ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِ أَوْ لَى مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنْ سَاوَاهُ فِي الْحَاجَةِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ ، فَلَا يَجِبُ التَّخْصِيسُ بِالْبَعْضِ لِكَوْنِهِ أَوْ لَى ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ فِي الزَّكَاةِ ، لَا يَجِبُ تَخْصِيسُ أَقَارِبِهِ مِنْهُمْ بِهَا / ، وَإِنْ كَانُوا أَوْ لَى ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ . وَإِنْ أَوْصَى فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ ، صُرِفَ إِلَى ^(٢) كُلِّ مَا فِيهِ بَرٌّ وَقُرْبَةٌ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُصَرَّفُ فِي أَرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ أَقَارِبِهِ غَيْرِ الْوَارِثِينَ ، وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْجِهَادِ ، وَالْحَجِّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَعَنْهُ فِدَاءُ الْأَسْرَى مَكَانَ الْحَجِّ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي التِّي قَبْلَهَا .

٩٢٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ آخِرُهُ لِلْمَسَاكِينِ ، وَلَمْ يَتَى مِمَّنْ وَقَفَ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ عَصْبَةِ الْوَاقِفِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْوَقْفَ ^(١) الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِي صِحَّتِهِ ، مَا كَانَ مَعْلُومَ الْاِيتِءِ وَالْاِثْبَءِ ، غَيْرَ مُنْقَطِعٍ ، مِثْلُ أَنْ يُجْعَلَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، أَوْ طَائِفَةٍ لَا يَجُوزُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ

(١) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

(٢) في م : ٥ ؛ في ٤ .

(١) في م : ٥ ؛ الواقف ٤ .

انْقِرَاضُهُمْ . وإن كان غير معلوم الانتهاء ، مثل أن يَقِفَ على قومٍ يجوز انْقِرَاضُهُمْ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، ولم يَجْعَلْ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، ولا لِجِهَةٍ غير مُتَقَطِّعَةٍ ، فإنَّ الْوَقْفَ يَصِحُّ . وبه قال مالكٌ ، وأبو يوسف ، والشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال محمد بن الْحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وهو القول الثاني للشافعيُّ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ مُقْتَضَاهُ التَّائِيْدُ ، فإذا كان مُتَقَطِّعًا صارَ وَقْفًا على مَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَقَفَ على مَجْهُولٍ في الْإِتْدَاءِ . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرُّفٌ مَعْلُومُ الْمَصْرِفِ ، فَصَحَّ ، كما لو صَرَّحَ بِمَصْرِفِهِ الْمُتَّصِلِ ، وَلِأَنَّ الْإِطْلَاقَ إِذَا كَانَ لَهُ عَرَفٌ ، حُمِلَ عَلَيْهِ ، كَتَقْدِ الْبَلَدِ وَعَرَفِ الْمَصْرِفِ ، وَهُنَاهُمْ أَوْلَى الْجِهَاتِ بِهِ ، فَكَانَتْ عَيْنُهُمْ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَنْصَرِفُ عِنْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ إِلَى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ^(٢) . وبه قال الشافعيُّ . وعن أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ . واختاره القاضي ، والشَّريْفُ أَبُو جَعْفَرٍ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٣) مَصْرِفُ الصَّدَقَاتِ وَحُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْكَفَّارَاتِ وَنَحْوِهَا ، فَإِذَا وَجِدَتْ صَدَقَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ الْمَصْرِفِ ، انْصَرَفَتْ إِلَيْهِمْ ، كما لو نَذَرَ صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وعن أَحْمَدَ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّهُ يُجْعَلُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا مُسْتَحِقُّ لَهُ ، فَأَشْبَهَ مَالٌ مِنْ لَا وَارِثَ لَهُ . وقال أَبُو يَوْسَفَ : يَرْجِعُ إِلَى الْوَاقِفِ وَإِلَى وَرَثَتِهِ ^(٤) ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، يُتَّفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَعَلَى فُلَانٍ . فَإِذَا انْقَرَضَ الْمُسَمَّى كَانَتْ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . لِأَنَّهُ جَعَلَهَا صَدَقَةً عَلَى مُسَمًّى ، فَلَا تَكُونُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا قَالَ : يُتَّفَقُ مِنْهَا عَلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَإِنَّهُ جَعَلَ الصَّدَقَةَ مُطْلَقَةً . ولنا ، أَنَّهُ أَرَادَ مِلْكَهُ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَرْجِعَ / إِلَيْهِ ، كما لو أَعْتَقَ عَبْدًا ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صَرْفِهِ إِلَى أَقَارِبِ الْوَاقِفِ ، أَنَّهُمْ أَوْلَى النَّاسِ بِصَدَقَتِهِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقَتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » ^(٥) . وقال : « إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ

١٥٦/٥ و

(٢) ق م : الوقف .

(٣) ق م : لأنه .

(٤) في الأصل : وارثه .

(٥) تقدم تخريجه في : ٩٩/٤ .

تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ^(٦) . ولأن فيه^(٧) إغناءهم وصلة أرحامهم ، لأنهم أولى الناس بصدقاته التواقل والمفروضات ، كذلك صدقته المنقولة . إذ اثبت هذا ، فإنه في ظاهر كلام الخِرقي ، وظاهر كلام أحمد ، يكون للفُقراء منهم والأغنياء ؛ لأن الوقف^(٨) لا يختص الفقراء^(٩) ، ولو وقف على أولاده ، تناول الفقراء والأغنياء ، كذا ههنا . وفيه وجه آخر ، أنه يختص الفقراء منهم ، لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء ، ولأننا خصصناهم بالوقف^(١٠) لكونهم أولى الناس بالصدقة ، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء . واختلفت الرواية في من يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففي إحدى الروايتين ، يرجع إلى الورثة منهم ؛ لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً ، ولأن النبي ﷺ قال : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعُهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ، ويكون وفقاً عليهم . نص عليه أحمد ، وذكره القاضي ، لأن الوقف يقتضي التأييد ، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته ، فصرف إليهم مع بقائه صدقة . ويختل كلام الخِرقي أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ، ويطل الوقف فيه . فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف . والرواية الثانية ، يكون وفقاً على أقرب عصبة الواقف ، دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصابات^(١١) ، فيقدم الأقرب فالأقرب ، على حسب استحقاقهم لولاء الموالى ، لأنهم خصوا بالعقل عنه ، وبميراث مواليه ، فخصوا بهذا أيضاً . وهذا لا يقوى عندي ، فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون

(٦) تقدم ترجمته في : ٣٧/٦ . من حديث سعد ابن أبي وقاص : والثالث كثير .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨ - ٩) في الأصل : لا يحصل للفقراء .

(٩) في ب ، م : بالوقوف .

(١٠) في م : العصابات .

إِلَّا^(١١) بِدَلِيلٍ ، مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ نَصًّا ، وَلَا إِجْمَاعًا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى مِيرَاثٍ وَلَا عِوَالٍ ؛ لِأَنَّ عِلَّتَهُ لَا تَتَحَقَّقُ هُنَا . وَأَقْرَبُ الْأَقْوَالِ فِيهِ صَرْفُهُ إِلَى الْمَسَاكِينِ ؛ لِأَنَّهُمْ مَصَارِفُ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي أَقَارِبِ الْوَاقِفِ / مَسَاكِينُ ، كَانُوا أَوْلَى بِهِ ، لَا عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ ، كَمَا أَنَّ هُمْ أَوْلَى بِزَكَاتِهِ وَصِلَاتِهِ مَعَ جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَئِنَّا إِذَا صَرَفْنَاهُ إِلَى أَقَارِبِهِ عَلَى سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فَهِيَ أَيْضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُهُ إِلَّا بِصَرْفِهِ إِلَى الْمَسَاكِينِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ ، الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَاقِفِ أَقَارِبُ ، أَوْ كَانَ لَهُ أَقَارِبُ فَأَنْقَرَضُوا ، صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَفًا عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِهِ الثَّوَابَ الْجَارِي عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الدَّوَامِ ، وَإِنَّمَا قَدَّمْنَا الْأَقَارِبَ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، لَكَوْنِهِمْ أَوْلَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُونُوا ، فَالْمَسَاكِينُ أَهْلٌ لَذَلِكَ ، فَصُرِفَ إِلَيْهِمْ ، إِلَّا عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ مِلْكًا لَهُمْ . فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ عِنْدَ عَدَمِهِمْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ بَطَلُ الْوَقْفِ فِيهِ بِانْقِطَاعِهِ ، وَصَارَ مِيرَاثًا لَا وَارِثَ لَهُ ، فَكَانَ بَيْتُ الْمَالِ بِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ هَذَا . وَسَكَتَ ، أَوْ قَالَ : صَدَقَّةٌ مَوْقُوفَةٌ . وَلَمْ يَذْكُرْ سَبِيلَهُ^(١٢) . فَلَا نَصَّ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ الْوَقْفُ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي التَّنْذِيرِ الْمُطْلَقِ : يَتَعَقَّدُ مُوجِبًا لِكِفَارَةِ يَمِينٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى ، فَوَجَبَ أَنْ يَصِحَّ مُطْلَقُهُ ، كَالْأُضْحِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ . وَلَوْ قَالَ : وَصَّيْتُ بِثُلْثٍ مَالِي . صَحَّ ، وَإِذَا صَحَّ صُرِفَ إِلَى مَصَارِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ .

(١١) في م : من .

(١٢) في الأصل : سبيله .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، ^(١٣) ثم على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٤) ، مثل أَنْ يَقِفَ على أَوْلَادِهِ ، ثم على الْبَيْعِ . صَحَّ الْوَقْفُ أَيْضًا ، وَيُصَرَّفُ ^(١٥) بعد انْقِرَاضِ مَنْ يَصِحُّ ^(١٦) الْوَقْفُ عليه إلى مَنْ يُصَرَّفُ إليه الْوَقْفُ الْمُتَقَطِّعُ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَهُ لمن لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه وَعَدَمَهُ واحدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْوَقْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بين ما يَجُوزُ وما لا يَجُوزُ ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفَقَةِ .

فصل : وإن كَانَ الْوَقْفُ مُتَقَطِّعَ الْإِبْتِدَاءِ ، مثل أَنْ يَقِفَهُ على مَنْ لا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، كَنَفْسِهِ ، أو أُمِّ وَلَدِهِ ، أو عَبْدِهِ ، أو كَيْسِيَّةٍ ، أو مَجْهُولٍ ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فَالْوَقْفُ بَاطِلٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَعَلَ مَالَهُ مِمَّا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ ^(١٧) لِأَنَّهُ أَخْلَى بِأَحَدِ شَرْطَيْ الْوَقْفِ قَبْطَلًا ، كَمَا لَوْ وَقَفَ مَا لَا يَجُوزُ وَقْفَهُ . وَإِنْ جَعَلَ لَهُ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ^(١٨) ، مثل أَنْ يَقِفَهُ على عَبْدِهِ ، ثم على الْمَسَاكِينِ ، ففِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلِلشَافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ ، فَإِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَكَانَ مَنْ ^(١٩) لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه / مِمَّنْ ^(٢٠) لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، كَالْمَيْتِ وَالْمَجْهُولِ وَالْكُنَائِسِ ، صُرِفَ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ؛ لِأَنَّنَا ^(٢١) لِمَا صَحَّحْنَا الْوَقْفَ مع ^(٢٢) ذِكْرِ مَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه ، فَقَدْ أَلْغَيْنَاهُ ؛ فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ التَّصْحِيحُ مع ^(٢٣) اعْتِبَارِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عليه يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ب ، م : : ويرجع .

(١٥) في ب ، م : : جاز .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧) في الأصل : : بمن .

(١٨) في الأصل : : مما .

(١٩) في الأصل : : لأنه .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

انْقِرَاضِهِ ، كَأَمُّ وَلَدِهِ ^(٢١) ، وَعَبْدٌ مُعَيَّنٌ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ ^(٢٢) فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، كَالْتِي قَبْلَهَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُصَرَّفُ فِي الْحَالِ إِلَى مُصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ ، إِلَى أَنْ يَتَقَرَّضَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا انْقَرَضَ صَرِفٌ إِلَى مَنْ يَجُوزُ . وَهَذَا الْوَجْهُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ إِنَّمَا جَعَلَهُ وَقْفًا عَلَى مَنْ يَجُوزُ بِشَرْطِ انْقِرَاضِهِ هَذَا ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ . وَفَارَقَ مَا لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ ، فَإِنَّهُ تَعَدَّرَ اعْتِبَارُهُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرَفَيْنِ ، مُتَقَطِّعَ الْوَسِطِ ، مِثْلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى وَلَدِهِ ، ثُمَّ عَلَى عَبِيدِهِ ^(٢٣) ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . خُرُجٌ فِي صِحَّةِ الْوَقْفِ وَجْهَانِ ، كَمُنْقَطِعِ الْإِنْتِهَاءِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِيمَا لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ اَلْعَيْنَاهُ إِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ ، وَإِنْ أُمَكِّنَ اعْتِبَارُ انْقِرَاضِهِ فَهَلْ يُعْتَبَرُ أَوْ يُلْغَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ مُتَقَطِّعَ الطَّرَفَيْنِ ، صَحِيحَ الْوَسِطِ كَرَجُلٍ وَقَفَ عَلَى عَبِيدِهِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِهِ ، ثُمَّ عَلَى الْكَنِيسَةِ ، خُرُجٌ فِي صِحَّتِهِ أَيْضًا وَجْهَانِ ، وَمُصْرِفُهُ بَعْدَ مَنْ يَجُوزُ إِلَى مُصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُتَقَطِّعِ .

٩٢٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، أَوْ قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَقَفَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الْوَرَثَةُ) وَجْهَانِ أَنَّ الْوَقْفَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ ، فِي اعْتِبَارِهِ مِنْ ثَلَاثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَاعْتَبِرَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنَ الثَّلَاثِ ، كَالْعِنَقِ وَالْهَبَةِ . وَإِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، جَازَ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْوَرَثَةِ ، وَلَزِمَ ، وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ ، لَزِمَ الْوَقْفُ مِنْهُ فِي قَدْرِ الثَّلَاثِ ،

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « الْوَلَدُ » .

(٢٢) فِي م : « يُنْصَرَفُ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « عِبِيدِهِمْ » .

وَوَقَفَ الزَّائِدُ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَةِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا إِخْلَافًا عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِزُرْمِ الْوَقْفِ ؛
وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَةِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِ بِوُجُودِ الْمَرَضِ ، فَمَتَّعَ التَّبَرُّعَ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلْثِ ،
كَالْعَطَايَا وَالْعِنَقِ . فَأَمَّا / إِذَا قَالَ : هُوَ وَقَفَ بَعْدَ مَوْتِي . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ
يَصِحُّ ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ لِلْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ ، وَتَعْلِيقُ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ غَيْرِ
جَائِزٍ ، بِذَلِيلٍ مَالٍ وَلَوْ عُلِّقَ عَلَى شَرْطٍ فِي حَيَاتِهِ ، وَحَمَلَ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ عَلَى أَنَّهُ قَالَ : قِفُوا
بَعْدَ مَوْتِي . فَيَكُونُ وَصِيَّةً بِالْوَقْفِ لَا إِيقَافًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قَوْلُ الْخِرَقِيِّ هَذَا
يُدُلُّ عَلَى جَوَازِ تَعْلِيقِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ . وَلَنَا ، عَلَى صِحَّةِ الْوَقْفِ بِالْمَعْلُوقِ بِالْمَوْتِ ،
مَا احْتَجَّ بِهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ عَمْرَ وَصَّى ، فَكَانَ فِي وَصِيَّتِهِ : هَذَا مَا أَوْصَى
بِهِ عَبْدُ اللَّهِ عَمْرُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ إِنْ حَدَّثَ بِهِ حَدَّثَ ، أَنْ نَمْعًا صَدَقَةً . وَذَكَرَ بَقِيَّةَ الْخَبَرِ
وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ^(١) ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِنَحْوِ مِنْ هَذَا ، وَهَذَا نَصٌّ فِي
مَسْأَلَتِنَا ، وَوَقْفُهُ هَذَا كَانَ بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلِأَنَّهُ اشْتَهَرَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ،
فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ مُعْلَقٌ بِالْمَوْتِ ، فَصَحَّ كَالْهَبِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُطْلَقَةِ ، أَوْ
نَقُولُ : صَدَقَةٌ مُعْلَقَةٌ بِالْمَوْتِ ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَ الْوَقْفِ . وَيُقَارِقُ هَذَا التَّعْلِيقُ عَلَى شَرْطٍ
فِي الْحَيَاةِ ، بِذَلِيلِ الْهَبِيَّةِ الْمُطْلَقَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَغَيْرِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ ،
وَالْوَصِيَّةُ أَوْسَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْحَيَاةِ ، بِذَلِيلِ جَوَازِهَا بِالْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ ،
وَالْمَجْهُولِ ، وَلِلْحَمْلِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ فَسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ عَلَى هَذَا
الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشُّرُوطِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيقُ انْتِدَاءِ الْوَقْفِ عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : إِذَا جَاءَ
رَأْسُ الشَّهْرِ فَدَارِي وَقَفْتُ ، أَوْ فَرَسِي حَبَسَ ^(٢) ، أَوْ إِذَا وُلِدَ لِي وَلَدٌ ، أَوْ إِذَا قَدِمَ لِي ^(٣)

(١) تقدم تخريجُه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في م : ١ : حبس .

(٣) سقط من : الأصل .

غائبى . ونحو ذلك . ولا نعلمُ في هذا خلافاً ؛ لأنه نقلٌ للملك فيما لم يَتَّينَ على التَّغليبِ
والسَّرية ، فلم يَجُزْ تَعْلِيْقُهُ على شَرْطٍ . كَالِهِيَةِ . وَسَوَى الْمُتَأَخَّرُونَ مِنْ أَصْحَابِنَا بَيْنَ
تَعْلِيْقِهِ بِالْمَوْتِ ، وَتَعْلِيْقِهِ بِشَرْطِ الْحَيَاةِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فِيمَا
قَبْلَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ عُلِّقَ انْتِهَاءُهُ عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : دَارِي وَقَفْتُ إِلَى سَنَةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ
يَقْدَمَ الْحَاجُّ . لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَحَدِ الرَّجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْوَقْفِ ، فَإِنْ مُقْتَضَاهُ
التَّأْيِيدُ . وَفِي الْآخَرِ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مُنْقَطِعُ الْانْتِهَاءِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَقَفَهُ عَلَى مُنْقَطِعِ
الْانْتِهَاءِ ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ هُنَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مُنْقَطِعِ الْانْتِهَاءِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي سَنَةً ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ . صَحَّ . وَكَذَلِكَ ١٥٨/٥
إِنْ قَالَ : هَذَا وَقَفْتُ عَلَى وَلَدِي مُدَّةَ حَيَاتِي ، ثُمَّ هُوَ بَعْدَ مَوْتِي لِلْمَسَاكِينِ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ
وَقَفْتُ مُتَّصِلُ الْإِنْتِهَاءِ وَالْإِنْتِهَاءِ . وَإِنْ قَالَ : وَقَفْتُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِي .
صَحَّ ، وَيَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَيُلْفَى^(٤) قَوْلُهُ : عَلَى أَوْلَادِي . لِأَنَّ الْمَسَاكِينِ
لَا انْفِرَاضَ لَهُمْ .

فصل : وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الْوَقْفِ فِي مَرَضِهِ عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ ، فَعَنَهُ :
لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، فَإِنْ فَعَلَ وَقَفَ عَلَى إِجَارَةِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ ،^(٥) فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ^(٥) ، فِي رِوَايَةٍ
إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِأَوْلَادِهِ بِأَرْضٍ وَقَفَّ عَلَيْهِمْ ، فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَرْتُوهُ
فَجَائِزٌ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ فِي الْمَرَضِ . اخْتَارَهُ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ ،
وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِمْ ثَلَاثَةً ،
كَالْأَجَانِبِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةٍ جَمَاعَةٍ مِنْهُمْ الْمِصْمُونِيُّ : يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ فِي مَرَضِهِ

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَيُلْفَى » .

(٥ - ٥) فِي م : « قَالَ أَحْمَدُ » .

على وَرَثَتِهِ . فقيل له : أليس تذهب إلى ^(٦) أنه لا وصية لوارث ؟ فقال : نعم ، والوقف غير الوصية ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون به . وقال ، في رواية أحمد بن الحسن ، فإنه صرح في مسأله بوقف ثلثه على بعض ورثته دون بعض ، فقال : جائز . قال الحنبري ^(٧) : وأجاز هذا الأكرهون . واحتج أحمد ، بحديث عمر رضي الله عنه ، أنه قال : هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين ، إن حدث به حدث أن تمعا صدقة ، والعبد الذي فيه ، والسهم الذي بخير ، ورقيقه الذي فيه ، والمائة وسقي التي ^(٨) أطعمني محمد ﷺ ، ثلثه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذؤوب الرأي من أهله ، لا يباع ، ولا يشتري ، ينتفع به من السائل والمحرور وذؤوب القربي ، ولا حرج على من وليه إن أكل أو اشترى رقيقاً . رواه أبو داود بنحو من هذا . فالحجة أنه جعل لحفصة أن تلي وقفه ، وتأكل منه ، وتشترى رقيقاً . قال الميموني : قلت لأحمد : إنما أمر النبي ﷺ عمر بالإيقاف ، وليس في الحديث الوارث . قال : فإذا كان النبي ﷺ أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته ، وحبس الأصل عليهم جميعاً ، ولأن الوقف ليس في معنى الملك ^(٩) ؛ لأنه لا يجوز التصرف فيه ، فهو كعقبة الوارث . ولنا ، أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه ، / فمنع منه ، كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين ، لا تجوز بالمنفعة ، كالأجنبي فيما زاد على الثلث . وأما خبر عمر ، فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه ، والتزاع إنما هو في تخصيص بعضهم . وأما جعل الولاية لحفصة ، فليس ذلك وقفاً عليها ، فلا يكون ذلك إردافاً محل النزاع ، وكونه انتفاعاً بالعلّة ، لا يقتضي جواز التخصيص ، بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبيد ، لم يجز . ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية

ظ ١٥٨/٥

(٦) سقط من : م .

(٧) أبو حنيفة عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الحنبري ، فقيه شافعي ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٦٢/٥ ، ٦٣ .

(٨) في م : « الذي » .

(٩) في م : « المال » .

الجماعة ، على أنه وَقَفَ على جميعِ الورثة ، ليكونَ على وَفْقِ حَدِيثِ عُمَرَ ، وعلى وَفْقِ الدَّلِيلِ الذي ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ وَقَفَ دَارَهُ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، بَيْنَ ابْنِهِ وَبَنْتِهِ نَصْفَيْنِ ، فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَعَلَى رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ يَصِحُّ الْوَقْفُ ، وَيَلْزَمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَجُوزُ لَهُ تَخْصِيصُ الْبِنْتِ بِوَقْفِ الدَّارِ كُلِّهَا ، فَيَنْصِفُهَا أَوَّلَى . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي نَصَرْنَاهَا ، إِنْ أَجَازَ الْإِبْنُ ذَلِكَ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَجْزِهِ بَطَلَ الْوَقْفُ فِيمَا زَادَ عَلَى نَصِيبِ الْبِنْتِ ، وَهُوَ السُّدُسُ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْإِبْنِ مِلْكًا ، فَيَكُونُ لَهُ النُّصْفُ وَقَفًا ، وَالسُّدُسُ مِلْكًا طَلَقًا^(١٠) ، وَالثُّلُثُ لِلْبِنْتِ جَمِيعُهُ وَقَفًا . وَيَحْتَمِلُ^(١١) أَنْ يَبْطُلَ الْوَقْفُ فِي نَصْفِ مَا وَقَفَ عَلَى الْبِنْتِ ، وَهُوَ الرُّبْعُ ، وَيَقْبَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّارِ وَقَفًا ، نِصْفُهَا^(١٢) لِلْإِبْنِ ، وَرُبْعُهَا لِلْبِنْتِ ، وَالرُّبْعُ الَّذِي بَطَلَ الْوَقْفُ فِيهِ بَيْنَهُمَا اثْنَانِ ، لِلْإِبْنِ ثَلَاثُ أَسْهُمٍ ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثُ أَسْهُمٍ ، وَنِصْفُ الْمَسْأَلَةِ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِلْإِبْنِ سِتَّةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمَانِ مِلْكًا ، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا وَسَهْمٌ مِلْكًا . وَلَوْ وَقَفَهَا عَلَى ابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ نَصْفَيْنِ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فَرَدَّ الْإِبْنُ ، صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَعَلَى الْمَرْأَةِ فِي ثَمَنِهَا ، وَلِلْإِبْنِ إِبْطَالُ الْوَقْفِ فِي ثَلَاثَةِ أَثْمَانِهَا ، فَتَرْجِعُ إِلَيْهِ مِلْكًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْإِبْنِ فِي نِصْفِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَسْبَاعٍ نِصْبِيَّةٍ ، وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ^(١٣) بَاقِي نِصْبِيَّةِ^(١٤) مِلْكًا ، وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِي أَرْبَعَةِ أَسْبَاعِ الثَّمَنِ الَّذِي لِلْمَرْأَةِ ، وَبَاقِيهِ يَكُونُ لَهَا مِلْكًا ، فَاضْطَرَبَ سَبْعَةٌ فِي ثَمَانِيَّةٍ ، تَكُونُ سِتَّةَ وَخَمْسِينَ ، لِلْإِبْنِ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ وَقَفًا ، وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِلْكًا ، وَلِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةُ أَسْهُمٍ وَقَفًا ، وَثَلَاثَةُ مِلْكًا . وَهَكَذَا ذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا إِنْ

(١٠) فِي م : « مطلقا » .

(١١) فِي النسخ : « وَيَحْتَمِلُ » .

(١٢) فِي م : « وَنِصْفُهَا » .

(١٣) (١٣ - ١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

كانت الدار جميع ملكه ، فوقَّهها كُلُّها ، فعلى ما اختَرناه ، الحُكْمُ فيها كما لو كانت تُخْرُجُ من الثُلث ، فإنَّ الوارِثَ في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثُلث ، وأما على / ما رواه الجماعة ، فإنَّ الوقف يَلْزَمُ في الثُلث من غير اختيارِ الورثة ، وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه ، وللابن إبطال التسوية ،^(١) فإن اختار إبطال التسوية^(٢) دون إبطال الوقف ، خُرِجَ فيه وجهان ؛ أحدهما ، أنه يُطْلَقُ الوقف في التسع ، ويرجع إليه ملكا ، فيصير له النصف وقفا ، والتسع ملكا ، ويكون للبنات السدس والتسعان وقفا ؛ لأنَّ الابن إنما يملك^(٣) إبطال الوقف في ماله دون ما لغيره . والوجه الثاني ، أن له إبطال الوقف في السدس ، ويصير له النصف وقفا ، والتسع ملكا ، وللبنت الثُلث وقفا ، ونصف التسع ملكا ؛ لثلاث أَدَاةِ البنت على الابن في الوقف . وتصح المسألة في هذا الوجه من ثمانية عشر ، للابن تسعة وقفا وسهمان ملكا ، وللبنت ستة أسهم وقفا وسهم ملكا . وقال أبو الخطاب : له إبطال الوقف في الربع كله ، ويصير له النصف وقفا والسدس ملكا ، ويكون للبنات الربع وقفا ونصف السدس ملكا ، كما لو كانت الدار تُخْرُجُ من الثُلث ، وتصح من اثني عشر .

٩٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَرِبَ الْوَقْفُ ، وَلَمْ يَزِدْ شَيْئًا ، يَبْعُ ، وَاشْتَرَى بِكَمَنِهِ مَا يَزِدُّ عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، وَجُعِلَ وَقْفًا كَالْأَوَّلِ ، وَكَذَلِكَ الْقَرْسُ الْحَيُّ^(١) إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْفَزْوِ ، يَبْعُ ، وَاشْتَرَى بِكَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ)

وجملة ذلك أن الوقف إذا خرب ، وتعلَّط مَنافعُه ، كدار انهدمت ، أو أرض خربت ، وعادَتْ مَوَاتًا ، ولم تُمكن عمارتها ، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه ، وصار في موضعه لا يُصلَّى فيه ، أو ضاق بأهله ولم يُمكن توسيعه^(٢) في موضعه ،

(١٤ - ١٤) مقطوع من الأصل .

(١٥) ق م : ملك .

(١٦) في الأصل : الحيس .

(١٧) في الأصل : توسعته .

أَوْ تَشْعَبُ^(٣) جَمِيعُهُ فَلَمْ تُمَكِّنْ عِمَارَتَهُ وَلَا عِمَارَةَ بَعْضِهِ إِلَّا يَبِيعُ بَعْضُهُ ، جَازَ يَبِعُ بَعْضُهُ لِتَعْمَرُ بِهِ بَقِيَّتَهُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْإِثْفَاعُ شَيْئًا مِنْهُ ، يَبِعُ جَمِيعُهُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : إِذَا كَانَ فِي الْمَسْجِدِ خَشَبَتَانِ ، لَهَا قِيَمَةٌ ، جَازَ يَبِيعُهُمَا وَصَرَفَ ثَمَنَهُمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ : يُحَوَّلُ الْمَسْجِدُ خَوْفًا مِنَ اللَّصُوصِ ، وَإِذَا كَانَ مَوْضِعُهُ قَدْرًا . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ ذَلِكَ يَمْتَنِعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِيهِ . وَنَصَّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ عَرَصَتِهِ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَتَكُونُ الشَّهَادَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : وَقَدَرَوِي عَلَى بْنِ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْمَسَاجِدَ لَا تَبَاعُ ، وَإِنَّمَا تُتَّقَلُ أَلْتَهَا . قَالَ : وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ أَقُولُ ؛ لِإِجْمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ الْفَرَسِ الْحَبِيسِ^(٤) - يَعْنِي الْمُؤَقَّوْفَةَ عَلَى الْغَزْوِ - إِذَا كَبُرَتْ ، فَلَمْ تُصْلَحْ لِلْغَزْوِ ، وَأَمَكِنَ الْإِثْفَاعُ بِهَا فِي شَيْءٍ آخَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَدُورَ فِي الرَّحَى ، أَوْ يُحْمَلَ عَلَيْهَا ثَرَابٌ ، أَوْ تَكُونَ الرُّغْبَى فِي بَنَاجِهَا ، أَوْ حِصَانًا يُتَّخَذُ لِلطَّرَاقِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مَا يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : إِذَا خَرِبَ الْمَسْجِدُ أَوْ الْوَقْفُ ، عَادَ إِلَى مِلْكٍ وَاقِفِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِنَّمَا هُوَ تَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَإِذَا زَالَتْ مَنَفَعَتُهُ ، زَالَ حَقُّ الْمُؤَقَّوفِ عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَزَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا ثَبَاتُهَا ، وَلَا ثَوْبُهَا ، وَلَا ثَوْرُهَا »^(٥) . وَلِأَنَّ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ بَقَاءِ مَنَافِعِهِ ، لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مَعَ^(٦) تَعَطُّلِهَا ، كَالْمُعْتَقِ ، وَالْمَسْجِدِ أَشْبَهُ الْأَشْيَاءِ بِالْمُعْتَقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ إِلَى سَعْدٍ ، لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ نُقِبَ^(٧) نَيْتُ الْمَالِ الَّذِي بِالْكُوفَةِ ، أَنَّ^(٨) الْقُلَّ الْمَسْجِدَ الَّذِي بِالتَّمَارِينِ ، وَاجْعَلْ نَيْتَ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَشَعَّتْ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْحَبِيسِ » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

(٦) فِي مَزِيدٍ : « بَقَاءِ » .

(٧) نَقِبَ ؛ يَفْتَحُ الْقَافَ : تَخْرُقُ . وَنُقِبَ ؛ بِالْبَاءِ لِلْمَجْهُولِ : نَقِبَهُ بَعْضُ النَّاسِ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

المال في قبلة المسجد ، فإنه لن يزال في المسجد مُصَلٍّ^(٩) . وكان هذا بمشهد من الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان إجماعاً . ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعدد إبقائه بصورته ، فوجب ذلك ، كما لو استؤذ الجارية الموقوفة ، أو قبلها غيره . قال ابن عقيل : الوقف مُؤَبَّد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه ، يُخصَّصه^(١٠) استبقاء القرض ، وهو الائتفاع على الدوام في عين أخرى ، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأغيان ، وجمودنا على العين مع تعطيلها تضييع للقرض . ويقرب هذا من الهدى إذا عطب^(١١) في السفر^(١٢) ، فإنه يُذبح في الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلما تعدد تحصيل القرض بالكلية ، استوفى منه ما أمكن ، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعدده ؛ لأن مراعاته مع تعدده تُفضي إلى قوات الائتفاع بالكلية ، وهكذا الوقف المُعطَّل المتافع . ولنا ، على محمد بن الحسن ، أنه إذا ملك على وجه القرية ، فلا يعود إلى مالكه باختلاله ، وذهاب منافع كالعتيق .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أن الوقف إذا بيع ، فأى شيء اشترى بثمنه مما يُردُّ على أهل الوقف جاز ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ؛ لأن المقصود المنفعة ، لا الجنس ، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تُصرف فيها ؛ لأنه لا يجوز تغيير المصريف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الائتفاع به .

فصل : وإذا لم يكف^(١٣) ثمن الفرس الحيس^(١٤) لشيء فرس أخرى ، أُعِين / به في شيء فرس حيس يكون بعض الثمن . نص عليه أحمد ؛ لأن المقصود

و ١٦٠/٥

(٩) سقط من : الأصل . وفي م : « مصل » ، والمثبت من الشرح الكبير ٣ / ٤٢٠ .

(١٠) في الأصل : « تخصيصه » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : « يف » .

(١٤) في الأصل : « الحيس » .

اسْتِيقَاءُ^(١٤) مَنَعَةِ الْوَقْفِ الْمُمكنِ اسْتِيقَاؤُهَا^(١٥) ، وصِيَانَتُهَا عَنِ الضَّيَاعِ ، وَلَا سَبِيلَ
إِلَى ذَلِكَ إِلَّا بِهَذِهِ الطَّرِيقِ .

فصل : وَإِنْ لَمْ تَتَعَطَّلْ مَنَعَةُ^(١٦) الْوَقْفِ بِالْكُلِّيَّةِ ، لَكِنْ قَلَّتْ ، وَكَانَ غَيْرُهُ أَتَمَّ مِنْهُ
وَأَكْثَرَ رَدًّا عَلَى أَهْلِ الْوَقْفِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ
لِلضَّرُورَةِ ، صِيَانَةَ لِمَقْصُودِ الْوَقْفِ عَنِ الضَّيَاعِ ، مَعَ إِمْكَانِ تَحْصِيلِهِ ، وَمَعَ
الِاتِّفَاعِ ، وَإِنْ قَلَّ مَا يَصْبِغُ الْمَقْصُودُ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَبْلُغَ فِي قِلَّةِ النَّفْعِ إِلَى حَدٍّ لَا يُعَدُّ
نَفْعًا ، فَيَكُونُ وُجُودُ ذَلِكَ كَالْعَدَمِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ مِنَ الْأَرْضِ ،
وَيُجْعَلَ تَحْتَهُ سِقَايَةٌ وَخَوَانِيتٌ ، فَاِمْتَنَعَ بَعْضُهُمْ مِنْ ذَلِكَ : فَيَنْظُرُ إِلَى قَوْلِ أَكْثَرِهِمْ .
وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي تَأْوِيلِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ هَذَا فِي مَسْجِدٍ أَرَادَ
أَهْلُهُ إِنْشَاءَهُ ابْتِدَاءً ، وَاخْتَلَفُوا كَيْفَ يُعْمَلُ ؟ وَسَمَاءُ مَسْجِدًا قَبْلَ بِنَائِهِ تَجَوُّزًا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ
إِلَيْهِ ، أَمَّا بَعْدَ كَوْنِهِ مَسْجِدًا لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سِقَايَةً وَلَا خَوَانِيتَ . وَذَهَبَ الْقَاضِي إِلَى ظَاهِرِ
الْلَّفْظِ ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَسْجِدًا ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ رَفْعَهُ ، وَجَعَلَ مَا تَحْتَهُ سِقَايَةً لِحَاجَتِهِمْ إِلَى
ذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَوْلَى ، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ ؛ فَإِنَّ الْمَسْجِدَ لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ ،
وَابْتِدَاؤُهُ ، وَبَيْعُ سَاحَتِهِ ، وَجَعْلُهَا سِقَايَةً وَخَوَانِيتَ ، إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الْإِتِّفَاعِ بِهِ ،
وَالْحَاجَةِ إِلَى سِقَايَةٍ وَخَوَانِيتَ لَا تُعْطَلُ نَفْعُ الْمَسْجِدِ ، فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهُ فِي ذَلِكَ ، وَلَوْ
جَازَ جَعْلُ أَسْفَلِ الْمَسْجِدِ سِقَايَةً وَخَوَانِيتَ لِهَذِهِ الْحَاجَةِ ، لَجَازَ تَحْرِيبُ الْمَسْجِدِ
وَجَعْلُهُ سِقَايَةً وَخَوَانِيتَ ، وَيَجْعَلُ بَدَلَهُ مَسْجِدًا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
بِكُرِّ بْنِ مُحَمَّدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، فِي مَسْجِدٍ لَيْسَ بِحَصِينٍ مِنَ الْكِلَابِ ، وَلَهُ مَنَازِعَةٌ ، فَرَحَّصَ
فِي نَقْضِهَا ، وَبِنَاءِ حَائِطِ الْمَسْجِدِ بِهَا لِلْمَصْلَحَةِ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيقَاءُ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « اسْتِيقَاؤُهَا » .

(١٦) فِي م : « مَصْلَحَةٌ » .

فصل: ولا يجوز أن يُعْرَسَ في المَسْجِدِ شَجَرَةٌ. نَصَّ عليه أحمدٌ، وقال: إن كانت غُرِسَتِ النَّخْلَةُ بعد أن صارَ مَسْجِدًا، فهذه غُرِسَتْ بغيرِ حَقٍّ، فلا أُجِبَ الأكلُ منها، ولو قَلَعَهَا الإمامُ لجازَ، وذلك لأنَّ المَسْجِدَ لم يَنْ لَهَا، وإِنَّمَا بُنِيَ لِذِكْرِ اللَّهِ وَالصَّلَاةِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، ولأنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِي المَسْجِدَ وتُمنَعُ المُصَلِّينَ من الصَّلَاةِ في مَوْضِعِهَا، وَيَسْقُطُ وَرَقُهَا في المَسْجِدَ وتَمُرُّهَا، وتسْقُطُ عَلَيْهَا العَصَافِيرُ وَالطَّيْرُ/ فَيَبُولُ في المَسْجِدِ، وربما اجْتَمَعَ الصَّبَّانُ في المَسْجِدِ من أَجْلِهَا، وَرَمَوْهَا بِالْحِجَارَةِ لِيَسْقُطَ ثَمَرُهَا. فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ النَّخْلَةُ في أَرْضٍ، فَجَعَلَهَا صَاحِبُهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةُ فِيهَا، فلا بَأْسَ. قال أحمدٌ في مَوْضِعٍ: لا بَأْسَ. يَعْنِي أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الْجِيرَانِ. وقال، في رِوَايَةٍ أَبِي طَالِبٍ، في التَّبَقَةِ: لا تَبَاغُ، وَتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الدَّرَبِ يَأْكُلُونَهَا. وذلك، والله أعلم، لأنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ لَمَّا جَعَلَهَا مَسْجِدًا وَالنَّخْلَةَ فِيهَا، فَقَدْ وَقَفَ الْأَرْضَ وَالنَّخْلَةَ مَعَهَا، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَصْرِفَهَا، فَصَارَتْ كَالْوَقْفِ الْمُطْلَقِ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنْ لَهُ مَصْرِفٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيهِ فِي إِحْدَى الرِّوَايَاتِ، أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ. فَأَمَّا إِنْ قَالَ صَاحِبُهَا: هَذِهِ وَقَفَّ عَلَى الْمَسْجِدِ. فَيَتَّبَعِي أَنْ يَبَاغَ ثَمَرُهَا، وَيُصْرَفَ إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ وَقَفَّهَا عَلَى الْمَسْجِدِ وَهِيَ فِي غَيْرِهِ. قال أَبُو الْخَطَّابِ: عِنْدِي أَنَّ الْمَسْجِدَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ثَمَنِ ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ، يَبِيعَتْ، وَصُرِفَ ثَمَنُهَا فِي عِمَارَتِهِ. قال: وَقَوْلُ أَحْمَدَ: يَأْكُلُهَا الْجِيرَانُ. مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمْ يَغْمُرُونَهُ.

فصل: وما فَضَّلَ من حُصْرِ الْمَسْجِدِ وَرِيتِهِ، وَلَمْ يُخْتَجَ إِلَيْهِ، جَازَ أَنْ يُجْعَلَ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ، أَوْ يُتَصَدَّقَ مِنْ ذَلِكَ عَلَى فُقَرَاءِ جِيرَانِهِ وَغَيْرِهِمْ، وَكَذَلِكَ إِنْ فَضَّلَ مِنْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ. قال أحمدٌ، في مَسْجِدٍ بُنِيَ، فَبَقِيَ مِنْ خَشْبِهِ أَوْ قَصْبِهِ أَوْ شَيْءٍ مِنْ نَقْضِهِ، فَقَالَ: يُعَانُ فِي مَسْجِدٍ آخَرَ. أَوْ كَمَا قَالَ. وقال السُّرُودِيُّ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ بَوَارِي الْمَسْجِدِ^(١٧)، إِذَا فَضَّلَ مِنْهُ الشَّيْءُ، أَوْ الْحَشْبَةُ. قَالَ:

(١٧) بوارى المسجد: حصره.

يُتَصَدَّقُ بِهِ . وَأَرَى أَنَّهُ قَدْ اخْتَجَّ بِكُسُوفِ الْبَيْتِ إِذَا خَرَقَتْ تُصَدَّقُ بِهَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ
 آخَرَ : قَدْ كَانَ شَيْئُهُ يَتَصَدَّقُ بِخُلُقَانِ الْكَفْبَةِ . وَرَوَى الْحُلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلْقَمَةَ ،
 عَنْ أُمِّهِ ، أَنَّ شَيْئَةَ بِنَ عَثْمَانَ الْحَجَبِيِّ ، جَاءَ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَ : يَا أُمُّ
 الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّ ثِيَابَ الْكَفْبَةِ تَكْثُرُ عَلَيْهَا ، فَتَنْزِعُهَا ، فَتَحْفِرُهَا أَبَارًا فَتَدْفِنُهَا فِيهَا ، حَتَّى
 لَا تَلْبِسَهَا الْحَائِضُ وَالْجُنُبُ . قَالَتْ عَائِشَةُ : بَشَ مَا صَنَعْتَ ، وَلَمْ تُصِبْ ، إِنَّ ثِيَابَ
 الْكَفْبَةِ إِذَا تَرَعَتْ لَمْ يَضُرْهَا مَنْ لَبِسَهَا مِنْ حَائِضٍ أَوْ جُنُبٍ ، وَلَكِنْ لَوْ بَعَثَتْهَا ، وَجَعَلَتْ
 ثَمَنَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمَسَاكِينِ . فَكَانَ شَيْئُهُ يَبْعَثُ بِهَا إِلَى الْيَمَنِ ، فَيُبَاعُ ، فَيَصْغُ ثَمَنُهَا
 حَيْثُ أَمَرَتْهُ عَائِشَةُ . وَهَذِهِ قِصَّةٌ مِثْلُهَا يَنْتَشِرُ ، وَلَمْ يَنْكُرْ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا ^(١٨) ، وَلَئِنَّهُ
 مَا لَ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يَتَّقِ لَهُ مَصْرِفٌ ، فَصُرِفَ إِلَى الْمَسَاكِينِ ، كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ .

فصل : إِذَا جَاءَ الْوَقْفُ جِنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، وَجَبَ / ، سَوَاءً كَانَتْ الْجِنَايَةُ
 عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ . فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَّ الْوَقْفُ فِيهِ ، وَإِنْ قُطِعَ كَانَ بَاقِيَهُ وَقْفًا ،
 كَمَا لَوْ تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لَمْ يُمَكِّنْ تَعَلُّقُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛
 لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهَا عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ تَعَلَّقَ أَرْضُهُ بِرَقَبَتِهِ ،
 فَكَانَ عَلَى مَالِكِهِ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَقْفُ
 لَا يُمْلِكُ . فَلَا أَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ تَعَلُّقَهُ بِرَقَبَتِهِ لِكُونِهَا لَا تَبَاعُ ، وَبِالْمَوْقُوفِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْلِكُهُ ، فَكَانَ فِي كَسْبِهِ ، كَالْحُرِّ يَكُونُ فِي مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي
 بَيْتِ الْمَالِ ، كَأَرْضِ جِنَايَةِ الْحُرِّ الْمُفْسِرِ . وَهَذَا احْتِمَالٌ ضَعِيفٌ جَدًّا ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا
 تَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، فِي صُورَةِ تَحْمِيلِهَا الْعَاقِلَةَ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَجِنَايَةُ الْعَبْدِ لَا تَحْمِلُهَا
 الْعَاقِلَةُ . وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْأَرْضُ فِي كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
 لَهُ مُسْتَحَقٌّ مُعَيَّنٌ يُمَكِّنُ إِيحَابَ الْأَرْضِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعَلُّقَهُ بِرَقَبَتِهِ ، لِتَعَدُّرِ بَيْعِهَا ،
 فَتَعَيَّنَ فِي كَسْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ فِي بَيْتِ الْمَالِ .

(١٨) سقط من : م .

فصل : وإن جُنِيَ على الوَاقِفِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْمَالِ ، وَجَبَ ؛ لِأَن مَالِيَّتَهُ لَمْ تَبْطُلْ ، وَلَوْ بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ لَمْ يَبْطُلْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَجِبُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُبِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الْعَفْوُ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهَا ، وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَكُونُ وَقْفًا . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّ : يَخْتَصُّ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ إِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُ الْمَوْقُوفَ ، لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِلْكٌ لَا يَخْتَصُّ بِهِ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِبَدَلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْمَرْهُونِ ، وَبَيَّانُ عَدَمِ الْاِخْتِصَاصِ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، فَلَمْ يَجْزُ إِطْلَاؤُهُ . وَلَا نَعْلَمُ قَدْرَ مَا يَسْتَحِقُّ هَذَا مِنْهُ فِعْفُ^(١٩) عَنْهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَفْوُ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ رَجُلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، وَلَمْ يَصِحَّ عَفْوُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عِنْدًا مَخْصُصًا مِنْ مُكَافِئَةٍ لَهُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مُحَلٌّ لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ قَاتِلِهِ ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَكُونُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ ، فَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ أَوْ طَرَفٌ مِنْ أَطْرَافِهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ ، وَإِنْ كَانَ الْقَطْعُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوجِبُهُ فَعَفَى عَنْهُ ، وَجَبَ نَصْفُ قِيمَتِهِ ، فَإِنْ أُمِّكَنْ أَنْ يُشْتَرَى بِهَا عَبْدٌ كَامِلٌ ، وَلَا اشْتَرَى بِهَا شِقْصٌ مِنْ عَبْدٍ .

١٦١/٥ ظ

فصل : ويجوزُ تَرْوِيجُ الْأَمَةِ الْمَوْقُوفَةِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَتِهَا ، أَشْبَهَ الْإِجَارَةَ ، وَلِأَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَتَضَرَّرُ بِتَمْلِيكِ غَيْرِهِ إِلَّا بِهَا ، وَوَلِيِّهَا الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَالْمَهْرُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ نَفْعِهَا ، أَشْبَهَ الْأَجْرَ فِي الْإِجَارَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ تَرْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى نَفْعِهَا فِي الْعُمُرِ ، فَيُقْضَى إِلَى تَقْوِيَةِ نَفْعِهَا فِي حَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ يَتَعَلَّقُ بِحُقُوقٍ ؛ مِنْ رُجُوبِ تَمَكُّينِ الرُّوْحِ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ،^(٢٠) وَمَبِيتِهَا عِنْدَهُ^(٢١) ، فَتَقُوتُ خِدْمَتُهَا فِي اللَّيْلِ عَلَى الْبَطْنِ

(١٩) فِي م : هـ فَعْفُو .

(٢٠ - ٢١) مَقْطُوعٌ مِنَ الْأَصْلِ .

الثاني ، إلا أن تطلب التزويج ، فتعين تزويجها ؛ لأنه حتى لها طلبته ، فتعين^(٢١) الإجابة إليه ، ومافات من الحق به ، فاتبعاً لإيفائها حقها ، فوجب ذلك ، كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك . وإذا زوجه فولدت من الزوج ، فولد لها وقف معها^(٢٢) ؛ لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة ، حكمه حكمها ، كأم الولد والمكاتبة . وإن أكرمها^(٢٣) أجبت ، فوطئها ، أو طأوعته ، فعليه الحد إذا انتفت الشبهة ، وعليه المهر لأهل الوقف ؛ لأنه وطئ جارية غيره ، أشبه الأمة المطلقة ، ولولدها يكون وقفاً معها . وإن وطئها يشبهه يعتقدها حرة ، فالولد حر ، ولو كان الواطئ عبداً ، وتجب قيمته ؛ لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً ، فمنعه اعتقاد الحرية من الرق ، فوجب قيمته يشتري بها عبد يكون وقفاً^(٢٤) ، وتعتبر^(٢٥) قيمته يوم تضعه حياً ؛ لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك .

فصل : وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ؛ لأن^(٢٦) لا تأمن حبلاً ، فتتقص أو تلثف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ؛ لأن ملكه ناقص ، فإن وطئ ، فلا حد عليه ؛ للشبهة ، ولا مهر عليه ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه ، والولد حر ؛ لأنه من وطء شبهة . وعليه قيمة الولد ،^(٢٧) يشتري بها عبد^(٢٨) مكانه وتصير أم ولد ؛ لأنه أحبلها بحر في ملكه . فإذا مات عتقت ، ووجب قيمتها في تركته ؛ لأنه أثلفها على من بعده / من البطون ، فيشتري بها جارية تكون وقفاً مكانها . وإن قلنا : إن الموقوف عليه لا يملكها . لم تصير أم ولد له ؛ لأنها غير مملوكة له .

(٢١) في الأصل : « فتعين » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) في م : « أكرها » .

(٢٤) في م : « رقيقا » .

(٢٥) في الأصل : « وتجب » .

(٢٦) في الأصل : « لأنه » .

(٢٧ - ٢٨) في الأصل : « ويشتري بها عبداً » .

فصل : وإن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ عتقه ؛ لأنه يتعلّق به حقّ غيره ، ولأنّ الوقف لازمٌ ، فلا يُمكن إبطاله . وإن كان نصف العبد وقفًا ، ونصفه طلقًا ، فأعتق صاحب الطلق ، لم يسر عتقه إلى الوقف ؛ لأنه إذا لم يعقّق بالمباشرة فبالسراية أولى .

٩٢٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسقي ، ففيه الزكاة . وإذا صار الوقف للمساكين ، فلا زكاة فيه)

وجملة ذلك أنّ الوقف إذا كان شجرًا فائتمر ، أو أرضًا فزُرعت ، وكان الوقف على قوم بأغياهم ، فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصيب ، ففيه الزكاة . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وروى عن طاوس ، ومكحول : لا زكاة فيه ، لأنّ الأرض ليست مملوكة لهم ، فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها ، كالمساكين . ولنا ، أنّه استقلّ^(١) من أرضه أو شجره نصيبًا ، فلزمته زكاته ، كغير الوقف ، يُحقّقه أنّ الوقف الأصل ، والثمره طلق ، والمِلْك فيها تامٌّ ، له التصرف فيها بجميع التصرفات ، وثورث عنه ، فتجب فيها الزكاة ، كالحاصلة من أرض مستأجرة له . وقولهم : إنّ الأرض غير مملوكة له . ممنوع . وإن سلّمنا ذلك ، فهو مالك لمنفعتيها ؛ ويكفي ذلك في وجوب الزكاة ، بدليل الأرض المستأجرة . أمّا المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم ، سواء حصل في يد بعضهم نصيب من الحبوب والثمار ، أو لم يحصل ، ولا زكاة عليهم قبل تفريقها ، وإن بلغت نصيبًا^(٢) ؛ لأنّ الوقف^(٣) على المساكين لا يتعيّن لواحد منهم ، بدليل أنّ كلّ واحد منهم يجوز حرمته والدفع إلى غيره ، وإثبات^(٤) المِلْك فيه بالدفع والقبض ، لِمَا أُعطيَهُ من غلته ملكًا مستأنفًا ، فلم تجب عليه فيه زكاة ، كالذي يُدفع إليه من الزكاة ،

(١) في الأصل : « اشتغل » .

(٢) في الأصل : « نصيبا » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « يثبت » .

وَكَا لَوْ وَهَبَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ . وَفَارَقَ الْوَقْفَ عَلَى قَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ . فَإِنَّهُ يُعَيَّنُ (٥٠) لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقٌّ فِي نَفْعِ الْأَرْضِ وَغُلَّتِهَا ، وَلِهَذَا يَجِبُ إِعْطَاؤُهُ ، وَلَا يَجُوزُ حِرْمَانُهُ .

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ، كَقُرَيْشٍ ، وَبَنِي هَاشِمٍ ، وَبَنِي تَيْمٍ ، وَبَنِي وَائِلٍ ، وَنَحْوِهِمْ . وَيَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ كُلِّهِمْ ، وَعَلَى أَهْلِ أَقْلِيمٍ وَمَدِينَةٍ ، كَالشَّامِ وَدِمَشْقَ / وَنَحْوِهِمْ . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقِفَ عَلَى عَشِيرَتِهِ ، وَأَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَصْرَهُمْ ، فِي غَيْرِ الْمَسَاكِينِ وَأَشْبَاهِهِمْ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ ، فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ الْجَهَالَةِ ، كَالْوَقْفِ عَلَى قَوْمٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، إِذَا كَانَ عَدَدُهُ مَحْصِيًّا ، صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحْصِيًّا ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَمَا ذَكَرَهُ يُطْلَقُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ . وَمَتَى كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يُمَكِّنُ حَصْرَهُمْ ، فَلَا زَكَاةَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِيمَا يَصِحُّ لَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَا فِي جُمْلَةِ الْوَقْفِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ .

٩٢٧ - مسألة : قَالَ : (وَمَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْإِثْلَافِ ، مِثْلُ الذَّهَبِ وَالزَّيْتِ وَالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، فَوْقَهُ غَيْرُ جَائِزٍ)

وَجَمَلُهُ أَنَّ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِثْلَافَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَالذَّنَائِيرِ وَالذَّرَاهِمِ ، وَالْمَطْعُومِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَالشَّمْعِ ، وَأَشْبَاهِهِ ، لَا يَصِحُّ وَقْفُهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا شَيْعًا يَحْكِي عَنْ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، فِي وَقْفِ الطَّعَامِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ . وَلَمْ يَحْكِهِ أَصْحَابُ مَالِكٍ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الثَّمَرَةِ ، وَمَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِالْإِثْلَافِ لَا يَصِحُّ فِيهِ ذَلِكَ . وَقِيلَ فِي الذَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ : يَصِحُّ وَقْفُهَا ، عَلَى قَوْلٍ مِنْ أَجَازِ إِجَارَتِهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ

(٥٠) فِي الْأَصْلِ : « يُعَيَّنُ » .

الْمَقْصُودَ الَّذِي خُلِقَتْ لَهُ الْأَثْمَانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، فلم يَجْزِ الْوَقْفُ لَهُ ، كَوَقْفِ الشَّجَرِ عَلَى نَشْرِ الثِّيَابِ ، وَالْعَنْمِ عَلَى دَوَسِ الطَّيْنِ ، وَالشَّمْعِ لِيَتَجَمَّلَ بِهِ .

فصل : والمراد بالذهب والفضة ههنا الدرَاهِمُ والدَّنَانِيرُ ، وما ليس بِحَلْيٍ ؛ لأنَّ ذلك هو الذي يَتَلَفُّ بالانْتِفَاعِ بِهِ . أمَّا الْحَلْيُ ، فَيَصِحُّ وَقْفُهُ لِلْبَيْسِ وَالْعَارِيَةِ ؛ لما رَوَى ^(١) نافعٌ ، قال : اثْبَاعَتْ حَفْصَةُ حَلْيًا بَعِشْرِينَ أَلْفًا ، فَحَبَسَتْهُ عَلَى نِسَاءِ آلِ الْخَطَّابِ ، فَكَانَتْ لَا تُخْرِجُ زَكَاتَهُ . رَوَاهُ الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ . ولأنَّه عَيْنٌ يُمَكِّنُ الْإِنْفَاعَ بِهَا ، مع بَقَائِهَا دَائِمًا ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَخْيِيسُ أَصْلِهَا وَتَسْيِيلُ الثَّمَرَةِ ، فَصَحَّ وَقْفُهَا ، كَالْعَقَارِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَقْفُهَا . وَأَنْكَرَ الْحَدِيثَ عَنْ حَفْصَةَ فِي وَقْفِهِ . وَذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي تَأَوَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْحَدِيثُ فِيهِ . وَوَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ أَنَّ التَّحْلِيَّ لَيْسَ هُوَ / الْمَقْصُودُ الْأَصْلِيُّ مِنَ الْأَثْمَانِ ، فلم يَصِحَّ وَقْفُهَا عَلَيْهِ ، كما لو وَقَفَ الدَّنَانِيرُ وَالدَّرَاهِمَ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، وَالتَّحْلِيُّ مِنَ الْمَقَاصِدِ الْمُهْمَةِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، وَقَدْ اُعْتَبِرَهُ الشَّرْعُ فِي إسْقَاطِ الزَّكَاةِ عَنْ مُتَّخِذِهِ ، وَجَوَّزَ إِجَارَتَهُ لذلِكَ . وَيُقَارَقُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ ، فَإِنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِ بِالتَّحْلِيِّ بِهِ ، وَلَا اُعْتَبِرَهُ الشَّرْعُ فِي إسْقَاطِ زَكَاتِهِ ، وَلَا ضَمَانٍ مُتَّفَعَةٍ ^(٢) فِي الْعَصَبِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَلَا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَلَفُّ بِالْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، فَهُوَ كَالْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ ، وَلَا مَا يُسْرَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، مِنَ الْمَشْمُومَاتِ وَالرَّيَاحِينِ وَأَشْبَاهِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُّ عَلَى قُرْبٍ مِنَ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْعُومَ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَأَمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمَرْهُونِ ، وَالْكَلْبِ ، وَالْخَنَزِيرِ ، وَسَائِرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ

(١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةُ : عَنْ « .

(٢) فِي م : : نَفَعَهُ « .

لِلصَّيْدِ ، وَجَوَارِحِ الطَّيْرِ الَّتِي لَا يُصَادُّ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمِلْكِ^(٣) فِيهَا فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَمَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ لَا يَحْصُلُ فِيهِ تَسْيِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَالْكَلْبُ أُبِيحَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّوَسُّعُ فِيهَا ، وَالْمَرْهُونُ فِي وَقْفِهِ يُبْطَلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ^(٤) إِبْطَالُهُ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا لَيْسَ بِمُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ فِي الذَّمَّةِ ، وَدَارٍ ، وَسِلَاحٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يُبْطَلُ لِمَعْنَى الْمِلْكِ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، كَالْعَتِقِ^(٥) .

فصل : قال أحمد ، فِي مَنْ وَصَّى بِفَرَسٍ وَسَرَجٍ وَلِجَامٍ مُفَضَّضٍ ، يُوقَفُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ : فَهُوَ عَلَى مَا وَقَفَ وَوَصَّى ، وَإِنْ بَاعَ الْفِضَّةَ مِنَ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ ، وَجُعِلَ فِي وَقْفٍ مِثْلِهِ ، فَهُوَ أَحَبُّ ؛ لِأَنَّ الْفِضَّةَ لَا يُتَنَفَّعُ بِهَا ، وَلَعَلَّهُ يَشْتَرِي بِتِلْكَ الْفِضَّةِ سَرَجًا وَلِجَامًا ، فَيَكُونُ أَنْفَعًا لِلْمُسْلِمِينَ . فَقِيلَ لَهُ : تَبَاغُ الْفِضَّةِ ، وَتُجْعَلُ فِي تَقْفَتِهِ ؟ قَالَ : لَا . فَأَبَاحَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِفِضَّةِ السَّرَجِ وَاللِّجَامِ سَرَجًا وَلِجَامًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا فِي جِنْسٍ مَا كَانَتْ عَلَيْهِ ، حِينَ لَمْ يُتَنَفَّعْ بِهَا فِيهِ . فَأَشْبَهَ الْفَرَسَ الْحَبِيسَ إِذَا عَطِبَ فَلَمْ يُتَنَفَّعْ بِهِ فِي الْجِهَادِ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَصَرَّفَ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ إِنْفَاقُهَا^(٦) عَلَى الْفَرَسِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّفَ لَهَا إِلَى غَيْرِ جِهَتِهَا .

٩٢٨ - مسألة : قال : (وَيَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا عَدَا ذَلِكَ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَجُوزُ وَقْفُهُ ، مَا جَازَ بَيْعُهُ ، وَجَازَ الْإِتِّفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَكَانَ أَصْلًا يَتَّقَى بَقَاءَ مُتَصِلًا ، كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانَاتِ ، وَالسَّلَاحِ ، وَالْأَنْثَاثِ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي / رَوَايَةِ الْأَثَرِ : إِنَّمَا الْوَقْفُ فِي الدُّوْرِ وَالْأَرْضَيْنِ ، عَلَى ١٦٣/٥ ظ مَا وَقَفَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَقَالَ فِي مَنْ وَقَفَ خُمْسَ نَحْلَاتٍ عَلَى مَسْجِدٍ :

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْمَلِك » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « يَصَح » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كَالْعَيْن » .

(٦) فِي م : « إِنْفَاقُهَا » .

لا بأس به . وهذا قول الشافعي . وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ، ولا الرقيق ، ولا الكراع^(١) ، ولا العرض^(٢) ، ولا السلاح ، والغلمان ، والبقر ، والآلة في الأرض الموقوفة تبعاً لها ؛ لأن « هذا حيوان » لا يُقاتل عليه ، فلم يحز وقفه ، كما لو كان الوقف إلى مدة . وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان . ولنا ، أن النبي ﷺ قال : « أُمَّا خَالِدٌ فَقَدْ اخْتَبَسَ أَذْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وفي رواية : « وَأَعْتَدَهُ » . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ . قال الخطابي^(٤) : الْأَعْتَادُ مَا يُعْتَدُ^(٥) الرَّجُلُ مِنَ^(٦) الْمَرْكُوبِ وَالسَّلَاحِ^(٧) . وآلة الجهاد . وروى أن أُمَّ مَعْقِلٍ ، جاءت إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا معقل جعل ناضحاً في سبيل الله ، وإني أريد الحج ، أفأزكبه ؟ فقال رسول الله ﷺ : « أَرْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ »^(٨) . ولأنه يحصل فيه تخييس الأصل وتسبيل المنفعة ، فصَحَّ وقفه ، كالعقار^(٩) والفرس الحبيس ، ولأنه يصح وقفه مع غيره ، فصَحَّ وقفه وحده ، كالعقار^(٩) .

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .

(٢) في الأصل : « العروض » .

(٣ - ٣) في م : « الحيوان » .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخاري ١٥١/٢ ، ٤٩/٤ . ومسلم ، في : باب في تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٧٦/١ . والنسائي ، في : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٢٤/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند . ٣٢٢/٢ .

(٥) في معالم السنن ٥٣/٢ .

(٦) في م زيادة : « ما » .

(٧ - ٧) في الأصل : « مركوب وسلاح » .

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٥٩/١ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، في رجل له دار في الربض ، أو قطيعة ، فأراد التنزه منها . قال : يقفها . قال : القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين . فظاهر هذا إباحة وقف السواد ، وهو في الأصل وقف ، ومعناه أن وقفها يطابق الأصل ؛ لا أنها تصير بهذا القول وقفا .

٩٢٩ - مسألة ؛ قال : (ويصح وقف المشاع)

وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف . وقال محمد بن الحسن : لا يصح . وبناء على أصله في أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح في المشاع . ولنا ، أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خير ، واستأذن النبي ﷺ فيها ، فأمره بوقفها^(١) . وهذا صفة المشاع ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا^(٢) فجاز عليه مشاعا ، كالبيع ، أو عرصية يجوز بيعها ، فجاز وقفها ، كالمفرزة^(٣) ، ولأن الوقف تحييس الأصل وسبيل المنفعة ، وهذا يحصل في المشاع ، كحصوله في المفرز^(٤) ، ولا نسلّم اعتبار القبض ، وإن سلّمنا ، فإذا صح في البيع صح في الوقف .

فصل : وإن وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى / ١٦٤/٥ و
المساكين ، نصفين ، أو اثلاثا ، أو كيفما كان ، جاز . وسواء جعل مال الموقوف على أولاده وعلى المساكين ، أو على جهة أخرى سواهم ؛ لأنه إذا جاز وقف الجزء مفردا ، جاز وقف الجزأين . وإن أطلق الوقف ، فقال : أوقفْتُ دارِي هذه على أولادي ، وعلى المساكين . فهي بينهما نصفين^(٥) ؛ لأن إطلاق الإضافة إليهما

(١) تقدم تحريجه في صفحة ١٨٤ .

(٢) في الأصل : مقرر .

(٣) في الأصل : كالقررة .

(٤) في الأصل : المقرر .

(٥) أي تقسم نصفين .

تُقْتَضَى التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ ، وَلَا تَتَحَقَّقُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بِالتَّنْصِيفِ^(٦) . وإن قال : وَقَفْتُهَا عَلَى زَيْدٍ وَعَمْرٍو وَالْمَسَاكِينِ . فَهِيَ بَيْنَهُمُ اثْلَاثًا .

فصل : فَإِنْ أُريدَ تَمْيِيزُ الْوَقْفِ^(٧) عَنِ الطَّلَقِ^(٨) بِالْقِسْمَةِ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقِسْمَةِ ، هَلْ هِيَ بَيْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ^(٩) حَقٌّ ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا إِفْرَازٌ حَقٌّ ، فَيَنْظَرُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا رَدٌّ جازَتْ الْقِسْمَةُ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ مِنْ جَانِبِ أَصْحَابِ الْوَقْفِ ، جازَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ لشيءٍ مِنَ الطَّلَقِ . وَإِنْ كَانَ مِنْ صَاحِبِ الطَّلَقِ ، لَمْ يُجْزَ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ بَعْضُ الْوَقْفِ ، وَيَبْعُهُ غَيْرُ جَائِزٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُشَاعُ وَقْفًا عَلَى جِهَتَيْنِ ، فَأَرَادَ أَهْلُهُ قِسْمَتَهُ ، انْتَبَى عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَلَمْ يُجْزَ فِيمَا إِذَا كَانَ فِيهَا رَدٌّ بِحَالٍ . وَمَتَى جازَتْ الْقِسْمَةُ فِي الْوَقْفِ ، وَطَلَبَهَا أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ وَلِيُّ الْوَقْفِ ، أُجْبِرَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ قِسْمَةٍ جازَتْ مِنْ غَيْرِ رَدٍّ وَلَا ضَرَرٍ ، فَهِيَ واجِبَةٌ .

٩٣٠ - مسألة : قال : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى مَعْرُوفٍ أَوْ بِرٍّ ، فَهُوَ باطلٌ)

وجملة ذلك أَنَّ الْوَقْفَ لَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَى مَنْ يُعْرَفُ ، كَوَلَدِهِ ، وَأَقَارِبِهِ ، وَرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَلَى بِرٍّ ، كِبِنَاءِ الْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِيرِ ، وَكُتُبِ الْفِقْهِ وَالْعِلْمِ وَالْقُرْآنِ ، وَالْمَقَابِرِ ، وَالسَّقَايَاتِ وَسَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ^(١) ، كَرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيكَ لِلْعَيْنِ أَوْ لِلْمَنْفَعَةِ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، وَلَا عَلَى مَعْصِيَةٍ كَبَيْتِ النَّارِ ، وَالْبَيْعِ ، وَالْكُنَاسِ ، وَكُتُبِ التَّوَرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْصِيَةٌ ، فَإِنَّ هَذِهِ الْمَوَاضِعَ بُنِيَتْ لِلْكَفْرِ ، وَهَذِهِ الْكُتُبُ مُبَدَّلَةٌ مَنسُوعَةٌ ، وَلِذَلِكَ غَضِبَ النَّبِيُّ ﷺ حِينَ رَأَى مَعَ عَمْرِو صَحِيفَةً فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّوَرَةِ ، وَقَالَ : « أَفَى شَأْنٌ

(٦) فِي النسخ : « بِالتَّنْصِيفِ » .

(٧ - ٧) فِي م : « الْمَطْلَقِ » . وَكَلِمَةُ : « الطَّلَقِ » وَرَدَتْ فِيمَا يَأْتِي فِي م : « الْمَطْلَقِ » .

(٨) فِي م هَذَا فِيمَا يَأْتِي : « إِفْرَارٍ » .

(٩) مِنْ هَذَا إِلَى قَوْلِهِ : « غَيْرِ مُعَيَّنٍ » الْآتِي سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَفِیَّةً ؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَحْيَى حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا اتِّبَاعِي ^(١) . ولولا أَنَّ ذلك مَعْصِيَةٌ مَا غَضِبَ مِنْهُ . وَالْوَقْفُ عَلَى قَتَادِيلِ الْبَيْعَةِ وَفَرَشِهَا وَمَنْ يَخْدُمُهَا وَيَعْمُرُهَا ، كَالْوَقْفِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُّ لِنَفْعِهَا . وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَقْفُ مُسْلِمًا أَوْ ذِمِّيًّا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي نَصَارَى وَقَفُوا عَلَى الْبَيْعَةِ ضِيَاعًا كَثِيرَةً ، وَمَاتُوا وَلَهُمْ أَبْنَاءُ نَصَارَى ، فَاسْأَلُوا / وَالضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فَلَهُمْ أَخَذُهَا ، وَلِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهُمْ حَتَّى يَسْتَخْرِجُوهَا مِنْ أَيْدِيهِمْ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا لَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْلِمِ الْوَقْفُ عَلَيْهِ ، لَا يَصِحُّ مِنَ الذَّمِيِّ ، كَالْوَقْفِ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قُلْتُمْ إِنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ إِذَا عَقَدُوا عَقُودًا فَاسِدَةً ، وَتَقَابَضُوا ، ثُمَّ اسْتَلَمُوا وَتَرَأَفُوا إِلَيْنَا ، لَمْ تَنْقُضْ مَا فَعَلُوهُ ، فَكَيْفَ أَجَزْتُمْ الرُّجُوعَ فِيمَا وَقَفُوهُ عَلَى كَنَائِسِهِمْ ؟ قُلْنَا : الْوَقْفُ لَيْسَ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِزَالَةٌ لِلْمِلْكِ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَى وَجْهِ الْقُرْبَى ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ صَحِيحًا ، لَمْ يُزَلْ الْمِلْكُ ، فَيَبْقَى بِحَالِهِ كَالْعَقْرِ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَصَرَانِيٍّ أَشْهَدَ فِي وَصِيَّتِهِ ، أَنَّ غُلَامَهُ فَلَانًا يَخْدُمُ الْبَيْعَةَ خَمْسَ سِنِينَ ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ . ثُمَّ مَاتَ مَوْلَاهُ ، وَخَدَمَ سَنَةً ، ثُمَّ اسْتَلَمَ ، مَا عَلَيْهِ ؟ قَالَ : هُوَ حُرٌّ . وَيَرْجِعُ عَلَى الْغُلَامِ بِأَجْرَةِ خِدْمَةِ مِائَةِ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَرَوَى عَنْهُ ، قَالَ : هُوَ حُرٌّ سَاعَةً مَاتَ مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ . وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ أَصَحُّ وَأَوْفَقُ لِأُصُولِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ قَوْلَهُ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِخِدْمَتِهِ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لَمْ يَكُنْ لِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ ، بَلْ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اعْتَقَهُ بِعَوَضٍ يَعْتَقِدُ أَنْ صَحَّتْهُ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ الْعَوَضُ بِإِسْلَامِهِ ، كَانَ عَلَيْهِ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَالْوَرُوجِ الذَّمِّيِّ ذِمِّيَّةً عَلَى ذَلِكَ ثُمَّ اسْتَلَمَ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْمَهْرُ ، كَذَا هَهُنَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَوَضُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ ، كَالْعَبْدِ الْقَرْنِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدَبِّرِ ، وَالْمَيْتِ ، وَالْحَمَلِ ، وَالْمَلِكِ وَالْجِنِّ وَالشَّيَاطِينِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَقَفَ عَلَى

(٢) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يفتي من تفسير حديث النبي ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة . سنن الدارمي ١/ ١١٥ ، ١١٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٨٧ .

مَمَالِكِهِ : لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ حَتَّى يَغْتَفَهُمْ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِكُكَ ، فَلَا يَصِحُّ عَلَى مَنْ لَا يَمْلِكُ . فَإِنْ قِيلَ : قَدْ جَوُزَ تَمْلِكُكَ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالسَّعَايَاتِ وَأَشْبَاهِهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُكَ . قُلْنَا : الْوَقْفُ هُنَاكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، إِلَّا أَنَّهُ عَيْنٌ فِي نَفْعٍ خَاصٍّ لَهُمْ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْكُنَائِسِ ، وَيَكُونُ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الْجِهَةُ الَّتِي عَيْنٌ صَرَفَ الْوَقْفُ فِيهَا لَيْسَتْ نَفْعًا ، بَلْ هِيَ مَقْصِيَّةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يُزَادُونَ^(٣) بِهَا عَقَابًا وَإِنَّمَا ، بِخِلَافِ الْمَسَاجِدِ . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَمْلِكُكَ بِالتَّمْلِكِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ يَقْتَضِي تَخْيِيسَ الْأَصْلِ ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ مِلْكًا لَارِمًا . وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمَكَاتِبِ ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُكَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ . وَلَا عَلَى مُرْتَدٍّ ، وَلَا عَلَى^(٤) حَرْبِيٍّ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ فِي الْأَصْلِ / ، وَيَجُوزُ أَخْذُهَا مِنْهُمْ بِالْقَهْرِ وَالْعَلْيَةِ ، فَمَا يَتَجَدَّدُ لَهُمْ أَوْلَى ، وَالْوَقْفُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُبَاحَ الْأَخْذِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيسُ الْأَصْلِ .

و ١٦٥/٥

فصل : وَيَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ ، فَجَازَ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ ، كَالْمُسْلِمِينَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَقِفَ الْمُسْلِمُ عَلَيْهِ ، لِمَا رَوَى أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حَبِيبٍ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَفَتْ عَلَى أَخٍ لَهَا يَهُودِيٍّ^(٥) ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ أَنْ يَقِفَ الذِّمِّيُّ عَلَيْهِ ، جَازَ أَنْ يَقِفَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ يَنْزِلُ كُنَائِسَهُمْ وَيَعْتَهُمْ مِنَ الْمَارَّةِ وَالْمُجْتَازِينَ ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِمْ ، لَا عَلَى الْمَوْضِعِ .

فصل : وَيَنْظَرُ فِي الْوَقْفِ مَنْ شَرَطَهُ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَعَلَ وَقْفَهُ إِلَى حَفْصَةَ ثَلَاثِينَ مِائَةً ، ثُمَّ إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا^(٦) . وَلِأَنَّ مَصْرِفَ الْوَقْفِ يَتَّبِعُ

(٣) فِي الْأَصْلِ : يُزَادُونَ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ عَطِيَةِ الْمُسْلِمِ الْكَافِرَ وَوَصِيَّتِهِ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِ . وَفِي : بَابِ الْمِرَاثِ لَا يَقْسَمُ حَتَّى يَسْلَمَ ، مِنْ كِتَابِ أَهْلِ الْكِتَابِينَ . الْمُصَنَّفُ ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ ، وَسَعِيدٌ ، فِي : بَابِ وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ ١٢٨/١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الْوَصِيَّةِ لِلْكَفَّارِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٢٨١/٦ .

(٦) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٨٤ .

فيه شرط الواقف ، فكذلك الناظر فيه . فإن جعل النظر لنفسه جازاً ، وإن جعله إلى غيره فهو له ، فإن لم يجعله لأحد^(٧) ، أو جعله لإنسان فمات ، نظر فيه الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه ونفعه له ، فكان نظره إليه كملكه المطلق . ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم . اختاره ابن أبي موسى . ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا : هو للموقوف عليه . فالنظر فيه إليه ؛ لأنه ملكه ، عينه ونفعه . وإن قلنا : هو لله . فالحاكم يتوب فيه ، ويصرفه إلى مصارفه^(٨) ؛ لأنه مال الله ، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقوف على المساكين . وأما الوقف على المساكين والمساجد ونحوها ، أو على من لا يمكن حصرتهم واستيعابهم ، فالنظر فيه إلى الحاكم ؛ لأنه ليس له مال متعين ينظر فيه . وله أن يستنيب فيه ؛ لأن الحاكم لا يمكنه تولي النظر بنفسه . ومتى كان النظر للموقوف عليه ، إما يجعل الواقف ذلك له ، أو يكونه أحق بذلك عند عدم ناظر سواه ، وكان واحداً مكلّفاً^(٩) رشيذاً ، فهو أحق بذلك ، رجلاً كان أو امرأة ، عدلاً كان أو فاسقاً ؛ لأنه ينظر لنفسه ، فكان له ذلك في هذه الأحوال ، كالطلق . ويحتمل أن يضم إلى الفاسق أمين ، حفظاً لأصل الوقف عن البيع أو التضييع . وإن كان الوقف لجماعة رشيدين ، فالنظر للجميع ، لكل إنسان في نصيبه . وإن كان الموقوف عليه غير رشيد ، إما لصغير ، أو سفيه ، أو جنون / ، قام وليه في النظر مقامه ، كما يقوم مقامه في ماله الطلق^(١٠) . وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه ، بتولية الواقف أو الحاكم . لم يجوز أن يكون إلا أميناً ، فإن لم يكن أميناً ، وكانت توليته من الحاكم ، لم تصح . وأزيلت يده . وإن ولّاه الواقف وهو فاسق ، أو ولّاه وهو

١٦٥/٥ ط

(٧) في الأصل : « إلى أحد » .

(٨) في الأصل : « مصارف المسلمين » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « الطلق » .

عَدْلٌ وَصَارَ فَاسِقًا ، ضَمَّ إِلَيْهِ أَمِينٌ يَنْحَفِظُ بِهِ الْوَقْفُ ، وَلَمْ تَزَلْ يَدُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الْجَمْعَ
 بَيْنَ الْحَقَّيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ تَوَلِّيُّهُ ، وَأَنَّهُ يَنْعَزِلُ إِذَا فَسَقَ فِي أَثْنَاءِ وَلَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا
 وَلَايَةٌ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ، فَذَاهَا الْفَسَقُ ، كَالْوَلَاءِ الْحَاكِمِ ، وَكَالْوَلَاءِ لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُ الْوَقْفِ
 مِنْهُ مَعَ بَقَاءِ وَلَايَتِهِ ^(١١) عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ ^(١٢) ، فَإِنَّهُ مَتَى لَمْ يُمَكِّنْ حِفْظُهُ مِنْهُ أُرِيْلَتْ وَلَايَتُهُ ،
 فَإِنَّ مَرَاعَةَ حِفْظِ الْوَقْفِ أَهَمُّ مِنْ إِبْقَاءِ وَلَايَةِ الْفَاسِقِ عَلَيْهِ .

فصل : وَتَفَقَّهَ الْوَقْفُ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اتَّبَعَ شَرْطُهُ فِي
 تَسْبِيلِهِ ^(١١) ، وَجَبَ اتِّبَاعُ شَرْطِهِ فِي تَفَقُّهِهِ . فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَمِنْ غَلِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ
 اقْتَضَى تَحْيِيسَ أَصْلِهِ وَتَسْبِيلَ نَفْعِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِالِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ
 مِنْ ضَرُورَتِهِ . وَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ ، فَتَفَقَّهَتْ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ؛
 لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ ، عَلَى مَا سَلَفَ بَيَانُهُ .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في الأصل : « مسله » . وفي م : « سبيله » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كتاب الهبة والعطية^(١)

٩٣١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ إِلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملة ذلك أن الهبة والصَّدَقَةَ والهِدِيَّةَ وَالْعَطِيَّةَ مَعَانِيهَا مُتَقَارِبَةٌ ، وكلُّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، واسمُ الْعَطِيَّةِ شَامِلٌ لِجَمِيعِهَا ، وكذلك الْهَبَةُ . وَالصَّدَقَةُ وَالْهِدِيَّةُ مُتَقَارِبَانِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ الْهِدِيَّةَ ، وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ^(٢) . وقال في اللَّحْمِ الَّذِي تُصَدَّقُ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَلَنَا هِدِيَّةٌ »^(٣) . فالظاهر أن من أَعْطَى شَيْئًا^(٤) يُنَوَّى بِهِ التَّقَرُّبُ^(٥) إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لِلْمُحْتَاجِ ، فهو صَدَقَةٌ . ومن دَفَعَ

(١) لم يرد هذا العنوان في : الأصل .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، في : باب قبول النبي الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائي ، في : باب الصدقة لا تحمل للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه في حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ .

(٤ - ٥) في م : « يتقرب به » .

إلى إنسان شيئاً للتَّقَرُّبِ إليه ، والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيَّةٌ . وَجَمِيعُ ذَلِكَ مَنْذُوبٌ إِلَيْهِ ، وَمَحْثُوثٌ عَلَيْهِ ^(٥) ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَهَادُوا تَحَابُّوا » ^(٦) . وَأَمَّا الصَّدَقَةُ ، فَمَا وَرَدَ فِي فَضْلِهَا أَكْثَرُ مِنْ أَنْ يُمَكِّنَنَا حَصْرَهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِن تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْثَرُوهَا فَالْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾ ^(٧) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَكِيلَ وَالْمُوزُونَ لَا تَلْزِمُ فِيهِ الصَّدَقَةُ وَالْهَبَةُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ مِنْهُمْ ؛ النَّحْوِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ /مَالِكٌ/ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يَلْزِمُ ذَلِكَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ لِغُيُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْعِهِ » ^(٨) . وَلِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ

و ١٦٦/٥

(٥) فِي م : إِلَيْهِ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمُهَاجِرَةِ ، مِنْ كِتَابِ حَسَنِ الْخَلْقِ . الْمَوْطَأُ ٩٠٨/٢ .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ التَّحْرِيفِ عَلَى الْهَبَةِ وَالْهَدِيَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦٩/٦ .
(٧) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٧١ .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي : ١٠٤/٤ ، وَيُضَافُ إِلَيْهِ : وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ يَشْتَرِي صَدَقَتَهُ ... ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَفِي : بَابِ لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبْتِهِ وَصَدَقَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا حَمَلَ عَلَى فَرَسٍ فَرَّاهَا تَبَاعَ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ .
وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كِرَاهَةِ شِرَاءِ الْإِنْسَانِ مَا تَصَدَّقَ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٩/٣ .
وَالْتِّرَمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهَةِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ ، وَبَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهَةِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَلَاءِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ شِرَاءِ الصَّدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمُجْتَمَعُ ٨٢/٥ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٧٩٧/٢ وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ شِرَاءِ الصَّدَقَةِ وَالْعُودِ فِيهَا ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَوْطَأُ ٢٨٢/١ .

عَوْضٍ ، فَلَزِمَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْوَقْفِ وَالْعِتْقِ . وَرَبَّمَا قَالُوا : تَبَرُّعٌ ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا زِمَ يَنْقَلُ الْمِلْكُ ، فَلَمْ يَقِفْ لَزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَإِنَّ مَا قُلْنَاهُ مَرْوًى عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعَمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَلَمْ يُعْرِفْ لهما فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفَ ، فَرَوَى عُرْوَةُ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، تَحَلَّاهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ . فَلَمَّا مَرَضَ ، قَالَ : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ ، وَلَا أَحَدٌ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ ، وَكَنتُ تَحْلُلُكِ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسَقًا ، وَوَدَدْتُ أَنَّكَ خُزْيِيهِ أَوْ قَبْضَتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ أَخَوَاكِ وَأَخْتَاكِ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ^(٩) . وَرَوَى ابْنُ عُيَيْنَةَ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَالَ : مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَتَحَلُّونَ أَوْلَادَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ ، قَالَ : مَالِي ، وَفِي يَدِي . وَإِذَا مَاتَ هُوَ^(١٠) ، قَالَ : قَدْ^(١١) كُنْتُ تَحْلُلُهُ وَلَدِي . لَا نِحْلَةَ إِلَّا نِحْلَةَ يَحْزُورُهَا^(١٢) الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهُ . وَرَوَى عُثْمَانُ أَنَّ الْوَالِدَ يَحْزُورُ^(١٣) وَلَوْلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِبَاغًا . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعَمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحْزُورُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَلِأَنَّهَا هَبَةٌ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ ، فَلَمْ تَلْزَمْ ، كَالْوَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ ، فَإِنَّ مَالَكَا يَقُولُ : لَا يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ التَّسْلِيمُ ، وَالْحَبْرُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَقْبُوضِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعِتْقِ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مِلْكٍ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَالْعِتْقُ اسْتِقْطَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكِ ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ وَالْعِتْقَ لَا يَكُونُ فِي مَحَلِّ التَّزَاعِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ .

فصل : وقول الخرقى : « لا يصح » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ لَا يَلْزَمُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) في م : « يحزورها » .

(١٢) في م : « يحزور » .

لَا يَثْبُتُ بِهَا الْمَلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنَّ حُكْمَ^(١٣) الْمَلِكِ حُكْمُ الْهَيْبَةِ ، وَالصَّحَّةُ اعْتِبَارُ الشَّيْءِ فِي حَقِّ حُكْمِهِ . وَأَمَّا الصَّحَّةُ^(١٤) بِمَعْنَى انْعِقَادِ اللَّفْظِ بِحَيْثُ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ الْقَبْضُ اعْتَبِرَ وَثَبَتْ^(١٥) حُكْمُهُ ، فَلَا يَصِيحُ حَمَلُ لَفْظِهِ عَلَى نَفْيِهِ ، لِعَدَمِ الْخِلَافِ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ قَالَ فِي سِيَاقِ الْمَسْأَلَةِ : « كَمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ » . وَقَدْ تَقَرَّرَ فِي الْبَيْعِ أَنَّ بَيْعَ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ صَحِيحٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَإِنَّمَا يَنْتَفِي الضَّمَانُ وَإِطْلَاقُهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ . / ١٦٦/٥
 وَقَوْلُهُ : « مَا يُكَالُ وَمَا يُوزَنُ » ظَاهِرُهُ الْعُمُومُ فِي كُلِّ مُوزُونٍ وَمَكِيلٍ ، وَخَصَّةُ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخَّرُونَ بِمَا لَيْسَ بِمُتَعَيِّنٍ فِيهِ ، كَالْقَفِيزِ مِنْ صَبْرَةٍ ، وَالرُّطْلِ مِنْ زُبُرَةٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ ، وَرَجَحْنَا الْعُمُومَ .

فصل : والواهبُ بالخيارِ قبلَ القبضِ ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجعَ فيها ومنعها . ولا يصحُّ قبضُها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوبُ له بغيرِ إذنه لم يَتِمَّ الهبةُ ، ولم يصحَّ القبضُ . وحكى عن أُنَى حنيفةَ أَنَّهُ إِذَا قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ قَامَتْ مَقَامَ الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ ، لِكُونِهَا دَالَّةً عَلَى رِضَاةِ بِالتَّمْلِيكِ الَّذِي لَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَبْضُ الْهَبَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَاهِبِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا بَعْدَ الْمَجْلِسِ ، أَوْ كَمَا لَوْ نَهَاةً عَنْ قَبْضِهَا ، وَلِأَنَّ^(١٦) التَّسْلِيمَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَى الْوَاهِبِ ، فَلَا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَخَذَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ مِنَ الْبَائِعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ تَمَنِيَهُ . وَلَا يَصِحُّ جَعْلُ الْهَبَةِ إِذْنًا فِي الْقَبْضِ ، بِدَلِيلِ مَا بَعْدَ الْمَجْلِسِ . وَلَوْ أُذِنَ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ ، أَوْ رَجَعَ فِي الْهَبَةِ ، صَحَّ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِقَبْضٍ ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ يَنْفَعِ رُجُوعُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ تَمَّتْ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في م : : صحته .

(١٥) في م : : وثبت .

(١٦) في الأصل : : وليس .

فصل : وإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده . ذكره القاضي في موت الواهب ؛ لأنه عقد جائز ، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة . وقال أحمد ، في رواية أبي طالب ، وأبي الحارث ، في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه ، حتى مات ؛ فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها . وروى ^(١٧) بإسناده عن أم كلثوم بنت أبي سلمة ، قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة ، قال لها : « إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا ^(١٨) مردودة علي ، فإن ردت فهي لك » . قالت : فكان ما قال رسول الله ﷺ ، وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك ، وأعطى أم سلمة بقیة المسك والحلة . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدى إليه ، رجعت إلى ورثة ^(١٩) المهدى ، وليس للرسول حملها إلى المهدى إليه ، إلا أن يأذن له الوارث . ولو رجع المهدى في هديته قبل وصولها إلى المهدى إليه ، صح رجوعه فيها ، والهبة كالهديّة . وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهب ، قام وارثه مقامه / في الإذن في القبض والفسخ . وهذا ^(٢٠) يدل على أن الهبة لا تنفسخ بموته . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد ماله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت كالبيع ^(٢١) المشروط فيه الخيار . وكذلك يخرج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله . وإن مات أحدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه ، بطلت ، وجهاً واحداً ؛ لأن العقد لم يتم ، فأشبه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشتري . وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطل .

(١٧) المسند ٤٠٤/٦ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م زيادة : ما .

فماتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْإِذْنِ فِي الْقَبْضِ ، بَطَلَ الْإِذْنُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِنْ كَانَ هُوَ الْوَاحِبُ فَقَدْ انْتَقَلَ حَقُّهُ فِي الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ إِلَى وَارِثِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُؤْهَبُ لَهُ ، فَلَمْ يُوجَدْ الْإِذْنُ لِوَارِثِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْقَبْضُ بِغَيْرِ إِذْنٍ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ شَيْئًا فِي يَدِ الْمُتَّهَبِ ، كَوَدِيعةٍ ، أَوْ مَعْصُوبٍ ، فظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْهَبَةَ تَلْزَمُ مِنْ غَيْرِ قَبْضٍ ، وَلَا مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتِي الْقَبْضُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا وَهَبَ لِامْرَأَتِهِ شَيْئًا وَلَمْ تَقْبِضْهُ ، فَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ خِيَارٌ ، هِيَ مَعَهُ فِي الْبَيْتِ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَتَّعِزْ قَبْضًا ، وَلَا مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتِي فِيهَا ، لَكُونِهَا مَعَهُ فِي الْبَيْتِ ، فَيُذْهِبُ عَنْهَا مَا فِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَدْخُلُ مِنْ مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتِي فِيهَا الْقَبْضُ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَنْتَقِرُ إِلَى إِذْنٍ فِي الْقَبْضِ . وَقَدْ مَضَى تَقْلِيلُ ذَلِكَ وَتَفْصِيلُهُ فِي الرَّهْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَذْهَبِنَا ، فِي الْاِخْتِلَافِ فِي اغْتِيَابِ الْإِذْنِ ، وَاغْتِيَابِ مُضَى مُدَّةٍ يَتَأْتِي الْقَبْضُ فِيهَا .

٩٣٢ - مسألة : قَالَ : (وَيَصِحُّ فِي غَيْرِ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، إِذَا قَبِلَ ، كَمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ)

يَعْنَى أَنَّ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ تَلْزَمُ الْهَبَةُ فِيهِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَيُثْبِتُ الْمِلْكُ فِي الْمُؤْهَبِ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(١) فَإِنَّهُ يَرَوِي عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا : الْهَبَةُ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً ، قُبِضَتْ أَوْ لَمْ تُقْبَضْ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبْنِ تَوْرٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا تَلْزَمُ الْهَبَةُ فِي الْجَمِيعِ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ ، عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً . وَيَرَوِي ذَلِكَ عَنْ الثَّعْلَبِيِّ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالعَنْبَرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ

(١ - ١) سقط من : م .

الأولى . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ الْهَبَةَ أَحَدُ تَوْعِي التَّمْلِيكِ ، فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، / وَمِنْهَا مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ ، فَإِنْ مِنْهُ ^(١) مَا لَا يَلْزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَهُوَ الصَّرْفُ ، وَبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، وَمِنْهُ مَا يَلْزَمُ قَبْلَهُ ، وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ . فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ ^(٢) ، فَلَا يَلْزَمُ ، فَإِنْ جَدَّادَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عَشْرِينَ وَسَقًا مَجْدُودَةً ، فَيَكُونُ مَكِيلًا ، غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَهَذَا لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْلَالَ يَجَدُّ عَشْرِينَ وَسَقًا ، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِيحُ الْهَبَةُ ^(٣) فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ : وَعَدْتُكَ بِالتَّحْلَةِ . وَقَوْلُ عَمْرِو ^(٤) أَرَادَ بِهِ التَّنَهَى عَنِ التَّحْلِيلِ بِنَحْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدَهُ نَحْلَةً مَوْقُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ ، فَيُظْهِرُ : إِنِّي تَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا . وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلِيهِ ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدُهُ بِحُكْمِ التَّحْلَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا ، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أَمْسَكَهُ ، وَلَمْ يُعْطِ وَرَثَةً وَلَدِهِ شَيْئًا . وَهَذَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فَتَهَاؤُهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحُوزَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَهَا وَرَثَتُهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَصَ بِهَبَةِ الْوَلَدِ ^(٥) دُونَ وَالِدِهِ ، وَشِبْهِهِ ، عَلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ خِلَافُ ذَلِكَ ، فَتَعَارَضَتْ أَقْوَالُهُمْ .

فصل : قول الجرجاني : « إِذَا قِيلَ : يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَفْتَى عَنِ الْقَبْضِ فِي مَوْضِعٍ وَجَدَ فِيهِ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ . وَالْإِيجَابُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ ، أَوْ أَهْدَيْتُ إِلَيْكَ ، أَوْ أَعْطَيْتُكَ ، أَوْ هَذَا لَكَ . وَنَحْوَهُ مِنَ الْأَلْفَافِ الدَّالَّةِ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ ، أَوْ رَضِيتُ ، أَوْ نَحْوَ هَذَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ الْهَبَةَ وَالْعَطِيَّةَ لَا تَصِحُّ كُلُّهُمَا إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَقَبُولِ ، وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا ، سَوَاءٌ وَجَدَ الْقَبْضُ أَوْ لَمْ يَوْجَدْ . وَهَذَا

(٢) ل م : ١ : فِيهِ .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٤) في الأصل : « الْقَبْضِ » .

(٥) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

(٦ - ٦) سقط من : م .

قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد تمليك ، فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، كالنكاح . والصحيح أن المعاوضة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ . وهذا اختيار ابن عقيل ؛ فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدي إليه ، ويعطي ويعطى ، ويقرق الصدقات ، ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ، ولا أمر به ولا تعليم لأحد ، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشتهراً^(٧) ، وكان ابن عمر على يعير لعمر ، فقال النبي ﷺ : « يعنيه » . فقال : هو لك يا رسول الله . فقال رسول الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ »^(٨) . ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ ، / ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ ، وعلمه ابن عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه ، فإن قالوا : صدقة . قال لأصحابه : « كلوا » . ولم يأكل ، وإن قالوا : هدية . ضرب بيده ، فأكل معهم^(٩) . ولا خلاف بين العلماء ، فيما علمناه ، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل ، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله . ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل المليك ، فاكْتَفَى به ، كالموجد الإيجاب والقبول . قال ابن عقيل : إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق ، وعدم العرف القائم بين المعطى والمعطى ؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا ، فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل^(١٠) ، فلا وجه لتوقيفه^(١١) على اللفظ ، ألا ترى أننا اكتفينا بالمعاوضة في البيع ، واكتفينا بدلالة الحال

(٧) في م : « مشهورا » .

(٨) تقدم تخريجه في : ٢٥ ، ٢٤/٦ .

(٩) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح البخاري ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٩٠ .

(١٠) في الأصل : « والدلالة » .

(١١) في م : « لتوقيفه » .

في دُخُولِ الْحَمَامِ ، وَهُوَ إِجَارَةٌ وَتَبْعُ أَغْيَانٍ ، فَإِذَا انْكَفَيْنَا بِالْمُعَاوَضَاتِ مَعَ ثَأْكُذِهَا
بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَأَنَّا نَتَّقِلُ الْمِلْكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، فَلَأَن نَكْتَفِيَ بِهِ فِي الْهَيْةِ أَوْلَى .

فصل : وَالْقَبْضُ فِيمَا لَا يَنْقَلُ بِالتَّحْلِيلَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ ، وَفِيمَا يَنْقَلُ
بِالتَّقْلِيلِ ، وَفِي الْمُشْتَاعِ بِتَسْلِيمِ الْكُلِّ إِلَيْهِ . فَإِنِ أُمِّي الشَّرِيكَ أَنْ يُسَلِّمَ نَصِيْبَهُ ، قِيلَ
لِلْمُتَّهَبِ : وَكُلَّ الشَّرِيكَ فِي قَبْضِهِ لَكَ وَنَقْلُهُ . فَإِنِ أُمِّي ، نَصَبَ الْحَاكِمَ مَنْ يَكُونُ فِي
يَدِهِ لَهَا ، فَيَنْقُلُهُ ، لِيَحْصُلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الشَّرِيكَ فِي ذَلِكَ وَيَتِمُّ بِهِ عَقْدُ
شَرِيكِهِ .

فصل : وَتَصِحُّ هِبَةُ الْمُشْتَاعِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ^(١٢) . قَالَ
الشَّافِعِيُّ^(١٣) : وَسَوَاءٌ^(١٤) فِي ذَلِكَ مَا أَمَكَّنَ قِسْمَتُهُ ؛ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ
الرُّأْيِ : لَا تَصِحُّ هِبَةُ الْمُشْتَاعِ الَّذِي يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ فِي الْهَيْةِ ،
وَوُجُوبُ الْقِسْمَةِ يَنْتَعِ صِحَّةُ الْقَبْضِ وَتَمَامُهُ . فَإِنِ كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ ، صَحَّتْ
هَيْبَتُهُ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ وَاحِدًا اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَجْزِ عِنْدَ أُمِّي حَنِيفَةً .
وَجَازَ عِنْدَ صَاحِبَيْهِ . وَإِنْ وَهَبَ اثْنَانِ اثْنَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يَنْقَسِمُ ، لَمْ يَصِحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ؛
لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَّهَبِينَ قَدْ وَهَبَ لَهُ جُزْءُ مُشْتَاعٍ . وَلَنَا ، أَنَّ وَفْدَ هَوَازِنَ لِمَا جَاؤُوا
يَطْلُبُونَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِمْ مَا غَنِمَهُ^(١٥) مِنْهُمْ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« مَا كَانَ لِي وَلِإِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلَبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(١٥) . وَهَذَا هِبَةٌ

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقطت الواو من : م .

(١٤) في الأصل : « غنموا » .

(١٥) في : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من
كتاب العتق ، وفي : باب من رأى الهبة الغالبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفي : باب من الدليل على أن الخمس لنواب
المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَيَوْمَ حِينٍ إِذْ أُصْغِتْكُمْ كَرْتَكُمْ ... ﴾ من
كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٣١ ، ١٩٣ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ١٠٨/٤ ، ٩٥/٥ .
= وليس فيه لفظ : « ما كان لي وليني عبد المطلب فهو لكم » .

مُشَاعٌ^(١٦) . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ ، وَقَدْ جَاءَهُ رَجُلٌ وَمَعَهُ كُبَّةٌ^(١٧) مِنْ شَعِيرٍ / ، فَقَالَ : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمُغْتَمِرِ لِأَصْلِحَ بَرْدَعَةَ لِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِي وَلِئِنِّي عَبْدُ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكَ »^(١٨) . وَرَوَى عُمَيْرُ^(١٩) بْنُ سَلَمَةَ الضَّمَرِيُّ ، قَالَ : قَالَ خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حَتَّى أَتَيْنَا الرُّوحَاءَ ، فَرَأَيْنَا جِمَارًا وَخَشَرَ مَقْفُورًا ، فَأَرَدْنَا أَخْذَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيَءَ صَاحِبُهُ » . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْرٍ ، وَهُوَ الَّذِي عَقَرَهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : شَأْنُكُمْ الْجِمَارَ . فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرٍ أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالتَّسَائِيُّ^(٢٠) . وَلأنَّهُ يَجُوزُ يَتَّعُهُ ، فَجَارَتْ هَبَّتُهُ ، كَالَّذِي لَا يَنْقَسِمُ ، وَلأنَّهُ مُشَاعٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَا يَنْقَسِمُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ جُوبَ الْقِسْمَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْ صِحَّتَهُ فِي الْبَيْعِ ، فَكَذًا هُنَا . وَمَتَى كَانَتِ الْهَبَةُ لِأَثْنَيْنِ ، فَقَبْضَاهُ بِإِذْنِهِ ، ثَبَتَ مِلْكُهُمَا فِيهِ ، وَإِنْ قَبَضَهُ أَحَدُهُمَا ، ثَبَتَ الْمِلْكُ فِي تَصْيِيهِ دُونَ تَصْيِيهِ صَاحِبِهِ .

فصل : ومتى قلنا : إِنَّ الْقَبْضَ شَرَطُ فِي الْهَبَةِ . لَمْ تَصِحَّ الْهَبَةُ فِيمَا لَا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ . كَالْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَالْمَعْصُوبِ لِغَيْرِ غَاصِبِهِ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنْ غَاصِبِهِ . وَهَذَا يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ وَهَبَ الْمَعْصُوبُ لِغَاصِبِهِ ، أَوْ لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ أَخْذِهِ مِنْهُ ،

= ولكن أخرجه : التَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الْمُشَاعِ ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . الْمُجْتَبَى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٤/٢ ، ٢١٨ .

(١٦) فِي م : « الْمُشَاعُ » .

(١٧) الْكُبَّةُ مِنَ الشَّعْرِ : الْحَصَلَةُ الْمُجْتَمِعَةُ مِنْهُ .

(١٨) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي فِدَاءِ الْأَسِيرِ بِالْمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥٧/٢ ، ٥٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٤/٢ .

(١٩) فِي التَّمْسِخِ : « عَمْرُو » ، وَالتَّصْوِيبُ مِنْ : الْمُجْتَبَى ، وَالْمُسْنَدُ .

(٢٠) أَخْرَجَهُ التَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بِإِباحَةِ أَكْلِ لَحُومِ حَمْرِ الْوَحْشِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . الْمُجْتَبَى ١٨١/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤١٨/٣ .

صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ مُمَكِّنٌ^(٢١) قَبْضُهُ ، وَلَيْسَ لَغَيْرِ الْغَاصِبِ الْقَبْضُ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَاحِبِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمَالِكُ الْغَاصِبَ فِي تَقْبِيزِهِ ، صَحَّ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُتَّهَبَ الْغَاصِبَ فِي الْقَبْضِ لَهُ ، فَقَبِلَ ، وَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ قَبْضَهُ فِيهِ ، صَارَ مَقْبُوضًا ، وَمَلَكَهُ الْمُتَّهَبُ ، وَبَرَى الْغَاصِبُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَبْضُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْهَبَةِ . فَمَا لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ مِنْ ذَلِكَ اخْتِمَلُ أَنْ لَا يُعْتَبَرُ فِي^(٢٢) صِحَّةِ هَبَتِهِ^(٢٣) الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ هَبَتُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ هَبَتُهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ . وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي هَبَةِ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ . وَفِي الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَمَتَى أَذِنَ لَهُ فِي جِزِّ الصُّوفِ ، وَحَلَبِ الشَّاةِ ، كَانَ إِبَاحَةً وَإِنْ وَهَبَ دُهْنَ سِمْسِمِهِ قَبْلَ عَصْرِهِ ، أَوْ زَيْتَ زَيْتُونِهِ ، أَوْ جَفْتَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، / وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا . وَلَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَعْلُومِ ، كَالَّذِي تُثْمِرُ شَجَرَتُهُ ، أَوْ تُحْمِلُ أُمْتُهُ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكَ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ فِي هَذَا كُلِّهِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، وَخَرَّبَ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْمَجْهُولِ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ خَرَّبَ : إِذَا قَالَ : شَاةٌ مِنْ عَنَمِي . يَعْنِي^(٢٤) : وَهَبْتُهَا لَكَ . لَمْ يُجْزَ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْجَهْلَ إِذَا كَانَ فِي حَقِّ الْوَاحِبِ ، مَنَعَ الصَّحَّةَ ؛ لَأَنَّهُ غَرَّرَ فِي حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمَوْهُوبِ لَهُ ، لَمْ يَمْنَعْهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا^(٢٥) غَرَّرَ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرُ فِي

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « يُمَكِّنُ » .

(٢٢) - (٢٣) فِي م : « صَحَّتْ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : م .

حَقُّهُ الْعِلْمُ بِمَا يُؤْهَبُ^(٢٥) لَهُ ، كَالْمَوْصَى لَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالنَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ لَا يَصِحُّ تَعْلِيلُهُ بِالشَّرْطِ ، فَلَمْ يَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ^(٢٦) النَّذْرِ وَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيلُ الْهِبَةِ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ لِمُعَيَّنٍ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَحْزَرْ تَعْلِيلُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ عَلَّقَهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : لَا مَ سَلَمَةَ : « إِنْ رَجَعْتَ هَدَيْتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ فَهِيَ لَكَ »^(٢٧) . كَانَ وَعْدًا . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ شَرْطًا تَنَافَى مُقْتَضَاهَا ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : وَهَبْتُكَ هَذَا ، بِشَرْطِ أَنْ لَا تَهَبَهُ ، أَوْ لَا تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَهُ أَوْ تَبِيعَهُ ، أَوْ بِشَرْطِ أَنْ تَهَبَ فُلَانًا شَيْئًا . لَمْ يَصَحَّ الشَّرْطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْهِبَةِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ وَقَّتْ الْهِبَةَ ، فَقَالَ : وَهَبْتُكَ هَذَا سَنَةً ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَيَّ . لَمْ يَصَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكِ لِمُعَيَّنٍ ، فَلَمْ يَصَحَّ مُوَقَّتًا ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ أُمَّةً ، وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ، صَحَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً وَاسْتَنْتَى مَا فِي بَطْنِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْأُمَّةِ دُونَ مَا فِي بَطْنِهَا ، فَأَشْبَهَ الْعِتْقَ . وَبِهِ يَقُولُ فِي الْعِتْقِ النَّحَّيْ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَصِحُّ الْهِبَةُ ، وَيُطْلَلُ الْاسْتِثْنَاءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَهَبِ الْوَلَدَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْمَوْهُوبَ لَهُ ، كَالْمُنْفَصِلِ ، وَكَالْمَوْصَى بِهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ ذَيْنَ ، فَوَهَبَهُ لَهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْهُ ، أَوْ أَحْلَاهُ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرِئَتْ ذِمَّةُ الْعَرِيمِ مِنْهُ ، وَإِنْ رَدَّ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقْبَلْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ ، فَلَمْ يَقْتَرِفْ إِلَى الْقَبُولِ ، كَإِسْقَاطِ الْقَصَاصِ وَالشُّفْعَةِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَكَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ :

(٢٥) ق م : « يوجب » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « وَفَارَقَ » .

(٢٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ . صَحَّ ، فَإِنَّ الْقُرْآنَ وَرَدَّ فِي الْإِبْرَاءِ بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ ، يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ﴾ ^(٢٨) . وَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ لَكَ عَنْهُ . ١٦٩/٥ ظ
 صَحَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفِرَ أَوْ يَغْفِرَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٢٩) .
 يَعْنِي بِهِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَسْقَطْتُهُ عَنْكَ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ
 الْمَوْضُوعِ لَهُ . وَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ إِيَّاهُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بَمَنْزِلَةِ هَيْبَةِ إِيَّاهُ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الدَّيْنُ لغير مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ
 فِي الْبَيْعِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ
 قَرْضًا ، فَبِعْتَهُ مِنَ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ بِتَقْدِيرٍ ، وَلَا تَبِعَهُ مِنْ غَيْرِهِ بِتَقْدِيرٍ وَلَا نَيْسِبَةٍ ، وَإِذَا أَقْرَضْتَ
 رَجُلًا دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْ غَيْرِهِ عَرْضًا بِمَا لَكَ عَلَيْهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
 كَانَ الدَّيْنُ عَلَى مُعْصِرٍ ، أَوْ مُطَاطِلٍ ، أَوْ جَاحِدٍ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُورٌ عَنْ
 تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مِلْيَةٍ بِإِذِلِّ لَهُ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِغَاءٌ بِمَالٍ
 ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِعَيْنٍ ، أَوْ يَتَقَابَضَانِ
 فِي الْمَجْلِسِ ، لِئَلَّا يَكُونَ بَيْعٌ ذَيْنِ بِذَيْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ،
 كَبَيْعِ الْآبِقِ . فَأَمَّا هَيْبَتُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ
 لَا غَرَرَ فِيهَا عَلَى الْمُتَّهِبِ ، وَلَا الْوَاهِبِ ، فَتَصِحُّ ^(٣٠) ، كَهَيْبَةِ الْأَعْيَانِ ^(٣١) .

فصل ^(٣٢) : تَصِحُّ الْبِرَاءَةُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَقَالَ
 أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ
 مِنْ ذِرْهِمٍ إِلَى أَلْفٍ . لِأَنَّ الْجَهَالََةَ إِنَّمَا مَبْنِيَّةٌ لِأَجْلِ الْقَرَرِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْجُمْلَةِ ، فَقَدْ
 زَالَ الْقَرَرُ ، وَصَحَّتْ الْبِرَاءَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) في الأصل : « فصح » .

(٣١) في الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اَقْتَسِمَا ، وَتَوَخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) .
ولأنَّه إسقاطٌ ، فصَحَّ في الْمَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وكَالوَقَالِ : من ذَرَهُم إلى
أَلْفٍ . ولأنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إلى تَبَرُّكِ الذِّمَّةِ ، ولا سَبِيلَ إلى الْعِلْمِ بِمَا فِيهَا ، فَلَوَقَفَ صِحَّةَ
الْبَرَاءَةِ عَلَى الْعِلْمِ ، لَكَانَ سَدًّا لِأَبَابِ عَفْوِ الْإِنْسَانِ عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَتَبَرُّكِ ذِمَّتِهِ ،
فَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ، كَالْمَنْعِ مِنَ الْعَقَبِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يَعْلَمُهُ ، وَيَكْتُمُهُ
الْمُسْتَحِقُّ ، خَوْفًا مِنْ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ لَمْ يَسْمَحْ بِإِبْرَائِهِ مِنْهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَصِحَّ الْبَرَاءَةُ فِيهِ ؛
لأنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا بِالْمُسْتَحْرِى ، وَقَدْ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ مَائَةِ ،
وَهُوَ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَائَةٌ ، فَفِي صِحَّةِ الْبَرَاءَةِ وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، صِحَّتُهَا ؛ لِأَنَّهَا صَادَقَتْ مِلْكَهُ ، فَاسْقَطَتْهُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَهَا . وَالثَّانِي ، لَا
تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأَهُ مِمَّا لَا يَعْتَقِدُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْرَاءً فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَصْلُ
الْوَجْهَيْنِ مَا لَوْ بَاعَ مَا لَا كَانَ لِمُورُوهُ ، يَعْتَقِدُ أَنَّهُ بَاقٍ لِمُورُوهُ ، وَكَانَ مُورُوهُ قَدَمَاتٍ ،
وَاتَّقَلَ مِلْكُهُ إِلَيْهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْبَيْعِ ، وَفِي صِحَّةِ
الْإِبْرَاءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ - مسألة : قَالَ : (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ ، أَوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ ^(١)) ، أَوِ الْحَاكِمُ ،
أَوْ أَمِينُهُ بِأَمْرِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ الطِّفْلَ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ
التَّعَرُّفِ ، وَوَلِيِّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ أَبٌ أَمِينٌ فَهُوَ وَلِيُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَشْفَقَ عَلَيْهِ ،
وَأَقْرَبَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَبُوهُ الْأَمِينُ ، وَلَهُ وَصِيٌّ ، فَوَلِيُّهُ وَصِيُّهُ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَقَامَهُ مَقَامَ
نَفْسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى وَكِيلِهِ . وَإِنْ كَانَ الْأَبُ غَيْرَ مَأْمُونٍ ، لِفُسْخِ أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ مَاتَ
عَنْ غَيْرِ وَصِيٍّ ، فَأَمِينُهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَلِي مَالَهُ غَيْرُ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَأَمِينُ الْحَاكِمِ يَقُومُ

(٣٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٥/٦ .

(١) سقط من : م .

مَقَامَهُ ، وَكَذَلِكَ وَكَيْلُ الْأَبِ وَالْوَصِيُّ ، فَيَقُومُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ الصَّبِيِّ فِي الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَبُولٌ لِمَا لِلصَّبِيِّ فِيهِ حَظٌّ ، فَكَانَ إِلَى الْوَلِيِّ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ هَؤُلَاءِ . (٢) فَإِنْ أَحْمَدُ قَالَ (٣) ، فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ ، فِي صَبِيٍّ وَهَيْتَ لَهُ هِبَةٌ ، أَوْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ ، فَقَبِضَتْ الْأُمُّ ذَلِكَ وَأَبُوهُ حَاضِرٌ ، فَقَالَ : لَا أَعْرِفُ لِلْأُمِّ قَبْضًا ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لِلْأَبِ . وَقَالَ عُثْمَانُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَحَقُّ مَنْ يَحُوزُ (٤) عَلَى الصَّبِيِّ أَبُوهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمُتَّهَبِ أَوْ / نَائِبِهِ ، وَالْوَالِي (٥) نَائِبٌ بِالشَّرْعِ ، فَصَحَّ قَبْضُهُ لَهُ ، أَمَّا غَيْرُهُ فَلَا نِيَابَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْقَبْضُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِهِمْ عِنْدَ عَدَمِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ قَدْ يَكُونُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ وَلَا وَصِيٌّ ، وَيَكُونُ فَقِيرًا لَا غِنَى بِهِ عَنِ الصَّدَقَاتِ ، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ قَبْضُ غَيْرِهِمْ لَهُ ، انْسَدَّ بَابُ وُصُولِهَا إِلَيْهِ ، فَيَضِيعُ وَيَهْلِكُ ، وَمُرَاعَاةُ حِفْظِهِ عَنِ الْهَلَاكِ أَوْلَى مِنْ مُرَاعَاةِ الْوِلَايَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لِلْأُمِّ الْقَبْضُ لَهُ ، وَكُلُّ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُتَمَيِّزًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطِّفْلِ ، فِي قِيَامِ وَلِيِّهِ مَقَامَهُ ، لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَثْرُؤُ عَنْ قَبْلِ الْبُلُوغِ ، إِلَّا أَنَّهُ (٦) إِذَا قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَقَبِضَ لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْوَلِيِّ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَوَصِيَّتِهِ ، وَكَسْبِ الْمُبَايَعَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ صِحَّةُ الْقَبْضِ مِنْهُ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ دُونَ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَحْصُلُ بِهِ مُسْتَوَلِيًا عَلَى الْمَالِ ، فَلَا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُهُ لَهُ وَتَفْرِيطُهُ فِيهِ ، فَيَتَعَيَّنُ حِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ بِوَقْفِهِ عَلَى إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَقَبْضِهِ لَوَدِيعَتِهِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَحْصُلُ لَهُ بِهِ الْمَلِكُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَجَازَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَاخْتِشَاشِهِ وَاصْطِلَاحِهِ .

(٢ - ٢) ق م : قال أحمد .

(٣) ق النسخ : يجوز .

(٤) ق م : والولي .

(٥) سقط من : الأصل .

فصل: فَإِنْ وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ شَيْئًا ، قَامَ مَقَامُهُ فِي الْقَبْضِ وَالْقَبُولِ ، إِنْ اخْتِيجَ إِلَيْهِ .
 قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ تَحَفَّظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا وَهَبَ لَوْلَا يَدِهِ
 الطِّفْلَ دَارًا بِعَيْنَيْهَا ، أَوْ عَبْدًا بِعَيْنَيْهِ ، وَقَبَضَهُ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، أَنَّ الْهَبَةَ تَامَةٌ .
 هَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَيْنَا مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ
 شُرَيْحٍ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُوْهُوبُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إِلَى قَبْضٍ ، اكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
 قَدْ وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي ، وَقَبَضْتُهُ لَهُ . لِأَنَّهُ يُغْنِي عَنِ الْقَبُولِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلَا يُغْنِي قَوْلُهُ :
 قَدْ قَبِلْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَفْتَقِرُ اكْتَفَى بِقَوْلِهِ : قَدْ
 وَهَبْتُ هَذَا لِابْنِي . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ قَبْضٍ وَلَا قَبُولٍ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعَ
 الْفُقَهَاءُ عَلَى أَنَّ هَبَةَ الْأَبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فِي حَجَرِهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضٍ ، وَأَنَّ الْإِشْهَادَ فِيهَا
 يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ ، لَمَّا رَوَاهُ مَالِكٌ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ ابْنِ الْمُسَيَّبِ ،
 أَنَّ عُمَانَ قَالَ : مَنْ تَحَلَّى وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا ، لَمْ يَلْعَلْ أَنْ يَحُوزَ نَحْلَهُ ، فَأَعْلَنَ ذَلِكَ ، / وَأَشْهَدَ
 عَلَى نَفْسِهِ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ وَلِيَهَا أَبُوهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لِأَبْدٍ فِي هَبَةِ الْوَلَدِ مِنْ أَنْ
 يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ عِنْدَهُمْ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِإِجَابِ
 وَقَبُولٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّ قَرَأَتِ الْأَحْوَالَ وَذَلَّالَتِهَا تُغْنِي عَنِ لَفْظِ الْقَبُولِ ، وَلَا أَدَلَّ
 عَلَى الْقَبُولِ مِنْ كَوْنِ الْقَابِلِ هُوَ الْوَاهِبُ ، فَاعْتِبَارُ لَفْظِ لَا يُفِيدُ مَعْنَى مِنْ غَيْرِ وُرُودِ الشَّرْعِ
 بِهِ تَحَكُّمٍ لَا مَعْنَى لَهُ ، مَعَ مُحَالَفَتِهِ لِمَا ظَاهَرَ حَالِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَحَابَتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا مَذْهَبًا
 لِأَحْمَدَ ، فَقَدْ قَالَ ، فِي رَوَايَةِ حَرْبٍ ، فِي رَجُلٍ أَشْهَدَ بِسَهْمٍ مِنْ ضَيْعَتِهِ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ
 لِابْنِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ غَيْرُهُ ، فَقَالَ : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ الْإِشْهَادِ : قَدْ قَبَضْتُهُ ^(١) لَهُ .
 قِيلَ لَهُ : فَإِنْ سَهَا ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مُفَرَّزًا رَجُوتُ . فَقَدْ ذَكَرَ أَحْمَدُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ :
 قَدْ قَبَضْتُهُ ^(٢) . وَأَنَّهُ يَرْجُو أَنْ يُكْتَفَى مَعَ التَّمْيِيزِ بِالْإِشْهَادِ فَحَسَبَ . وَهَذَا مُوَافِقٌ
 لِلْإِجْمَاعِ الْمَذْكُورِ عَنْ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يُكْتَفَى بِأَحَدِ لَفْظَيْنِ ،
 إِمَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ قَبِلْتُهُ ، أَوْ قَبَضْتُهُ . لِأَنَّ الْقَبُولَ يُغْنِي عَنِ الْقَبْضِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ

١٧٠/٥ ط

ما ذَكَرْنَاهُ . ولا فَرَقَ بين الأَثْمَانِ وَغَيْرِهَا فِيمَا ذَكَرْنَا ، وَبِهِ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ وَهَبَ لَهُ مَا يُعْرِفُ بِعَيْنِهِ كَالْأَثْمَانِ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يَضَعَهَا
عَلَى يَدِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ قَدْ يَتْلَفُ ذَلِكَ ، وَيَتْلَفُ بِغَيْرِ سَبَبِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى
شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَلَا يَنْفَعُ الْقَبْضُ شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا تَصِحُّ هَبَّتُهُ ، فَإِذَا وَهَبَهُ لِإِنِ
الصَّغِيرِ ، وَقَبَضَهُ لَهُ ، وَجَبَ أَنْ تَصِحَّ ، كَالْعُرُوضِ .

فصل (٧) : وَإِنْ كَانَ الْوَاهِبُ لِلصَّبِيِّ غَيْرَ الْأَبِّ مِنْ أَوْلِيَائِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا بَدَّ
مِنْ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْ يَقْبَلُ لِلصَّبِيِّ ، وَيَقْبِضُ لَهُ ، لِيَكُونَ الْإِجَابُ مِنْهُ ، وَالْقَبُولُ ، وَالْقَبْضُ
مِنْ غَيْرِهِ ، كَمَا فِي الْبَيْعِ . بِخِلَافِ الْأَبِّ ؛ ^(٨) فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ وَيَقْبَلَ وَيَقْبِضَ ،
لِكَوْنِهِ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ الْأَبَّ ^(٩) وَغَيْرَهُ فِي هَذَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ
عَقْدٌ يَجُوزُ أَنْ يَصْدَرَ مِنْهُ وَمِنْ وَكَيْلِهِ ، فَجَازَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِيهِ ، كَالْأَبِّ . وَفَارَقَ الْبَيْعُ ؛
فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْ يَشْتَرِي لَهُ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ وَمُرَابَحَةٌ ، فَيَتَّهَمُ فِي
عَقْدِهِ لِنَفْسِهِ ، وَالْهَبَةُ مُحَضُّ مَصْلَحَةٍ لَا تَهْمَةُ فِيهَا ، وَهُوَ وَلِيُّ فِيهِ ^(١٠) ، فَجَازَ أَنْ يَتَوَلَّى
طَرَفِي ^(١١) الْعَقْدِ ، كَالْأَبِّ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ إِنَّمَا مَنَعَ مِنْهُ لِمَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْعَوَضِ لِنَفْسِهِ مِنْ
مَالِ الصَّبِيِّ ، وَهُوَ هَهُنَا يُعْطَى وَلَا يَأْخُذُ ، فَلَا وَجْهَ لِمَنْعِهِ مِنْ ذَلِكَ ، وَتَوْقِيفِهِ / عَلَى ١٧١/٥
تَوْكِيلِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ يُسْتَعْنَى بِالْإِجَابِ وَالْإِشْهَادِ عَنْ ^(١٢) الْقَبْضِ
وَالْقَبُولِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّوْكِيلِ فِيهِمَا مَعَ غَنَاهُ عَنْهُمَا .

فصل : فَأَمَّا الْهَبَةُ مِنَ الصَّبِيِّ لْغَيْرِهِ ، فَلَا تَصِحُّ ، سِوَاءَ إِذْنِ فِيهَا الْوَلِيِّ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ ؛
لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحَظِّ ^(١٣) نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَبَرُّعُهُ ، كَالسَّقْيَةِ . وَأَمَّا الْعَبْدُ فَلَا يَجُوزُ

(٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَالَ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي م : « طَرَفٌ » .

(١١) فِي م : « إِلَى » .

(١٢) فِي م : « لِحَظِّ » .

أَنْ يَهَبَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، وَمَالُهُ مَالُ لِسَيِّدِهِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِهِ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الْهَبَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لِسَيِّدِهِ ^(١٣) ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ إِذْنُهُ فِيهِ ، كَالْإِتْقَاطِ ^(١٤) ، وَمَا وَهَبَهُ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ أَكْسَابِهِ ، فَأَشْبَهَ اصْطِيَادَهُ .

٩٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ، أَمَرَ بِرَدِّهِ ، كَأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ)

وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التَّسْوِيَةَ بين أولاده في العَطِيَّةِ ، إذا لم يَخْتَصَّ أَحَدُهُمْ بِمَعْنَى يُبَيِّحُ ^(١) التَّفْضِيلَ ، فَإِنْ خَصَّ بَعْضَهُمْ بِعَطِيَّتِهِ ، أَوْ فَاضَلَ بَيْنَهُمْ فِيهَا ، أَثِمَ ، وَوَجِبَتْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ ؛ إِمَّا رَدُّ مَا فَضَّلَ بِهِ الْبَعْضَ ، وَإِمَّا إِتِمَامَ تَصْيِيبِ الْآخَرِ . قَالَ طَاوُسٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَلَا رَغِيفٌ مُحْتَرِقٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ . وَرَوَى عَنْهُ عَنْ مُجَاهِدٍ ، وَغُرُورَةَ . وَكَانَ الْحَسَنُ يَكْرَهُهُ ، وَيُجِيزُهُ فِي الْقَضَاءِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : ذَلِكَ جَائِزٌ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، نَحَلَ عَائِشَةَ أَبْنَتَهُ جُذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا ، دُونَ سَائِرِ وَلَدِهِ ^(٢) . وَاجْتَنَعَ الشَّافِعِيُّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ التُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ : « أَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » ^(٣) . فَأَمَرَهُ

(١٣) في م : « للسيد » .

(١٤) في م : « كالإتقاط » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما في الأصل .

(١) في الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٦٢/٢ وابن ماجه ، في : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥١/٢ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ .

بِأَكِيدِهَا دُونَ الرُّجُوعِ فِيهَا ، وَلَئِنْهَا عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بَمَوْتِ الْأَبِ ، فَكَانَتْ جَائِزَةً ، كَمَا لَوْ سَوَّى بَيْنَهُمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ قَالَ : تَصَدَّقَ عَلَى أَبِي يَبْعُضِرَ مَالَهُ ، فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ عَلَيْهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . فَجَاءَ أَبِي إِلَى ^(٤) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، لِشُحْدِهِ عَلَى صَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أُعْطِيَتْ مِثْلُهُ ؟ » قَالَ : لَا . قَالَ : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قَالَ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَزِدْتُكَ الصَّدَقَةَ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْزُدْهُ » . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : « فَارْزُجْهُ » . ^(٥) وَفِي لَفْظٍ : « لَا تُشْهِدْنِي عَلَى جَوْرِ » . وَفِي لَفْظٍ : « فَاشْهَدْ عَلَيَّ هَذَا غَيْرِي » ^(٦) . وَفِي لَفْظٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧) . وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى ١٧١/٥ ط

التَّحْرِيمِ ، لِأَنَّهُ سَمَاهُ جَوْرًا ، وَأَمَرَ بِرَدِّهِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، وَالْجَوْرُ حَرَامٌ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلِأَنَّ تَفْضِيلَ ^(٨) بَعْضِهِمْ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ وَقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَثَرُ وِجِجِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ لَا يُعَارِضُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا يُحْتَجُّ بِهِ مَعَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَصَّهَا بِعَطِيَّتِهِ ^(٩) لِحَاجَتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ الْكَسْبِ وَالتَّسَبُّبِ فِيهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهَا بِفَضْلِهَا ، وَكَوْنِهَا أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ زَوْجَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنْ فَضَائِلِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَحَلَهَا وَنَحَلَ غَيْرَهَا مِنْ وَلَدِهِ ، أَوْ نَحَلَهَا وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْحَلَ غَيْرَهَا ، فَأَذْرَكَهُ الْمَوْتُ قَبْلَ ذَلِكَ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِهِ عَلَى أَحَدِ هَذِهِ

(٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الإشهاد في الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢٠٦/٣ ومسلم ، في :

باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ - ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو في الأصل : « في تفضيل » .

(٨) في الأصل : « بعطية » .

الْوُجُوه ؛ لِأَنَّ حَمْلَهُ عَلَى مِثْلِ مَحَلِّ التَّرَاعِ مِنْهُي عَنْهُ ، وَأَقْلَّ أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ أَبِي بَكْرٍ اجْتِنَابُ الْمَكْرُوهَاتِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . لَيْسَ بِأَمْرٍ ؛ لِأَنَّ أَذْنَى أَحْوَالِ الْأَمْرِ الِاسْتِحْبَابُ وَالتَّذَبُّبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي كَرَاهَةِ هَذَا . وَكَيْفَ يَجُوزُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِتَأْكِيدِهِ ، مَعَ أَمْرِهِ بِرَدِّهِ ، وَتَسْمِيَتِهِ إِيَّاهُ جَوْرًا ، وَحَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى هَذَا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى التَّنَاقُضِ وَالتَّضَادِّ ، وَلَوْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِشْهَادِ غَيْرِهِ ، لَأَمْتَلَّ (٩) بِشِيرِ أَمْرِهِ ، وَلَمْ يَرُدَّ ، وَإِنَّمَا هَذَا تَهْدِيدٌ لَهُ عَلَى هَذَا ، فَيُفِيدُ مَا أَفَادَهُ النَّهْيُ عَنْ إِتْمَامِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ خَصَّ بَعْضُهُمْ لِمَعْنَى يَفْتَضِي تَخْصِيصَهُ ، مِثْلَ اخْتِصَاصِهِ بِحَاجَةٍ ، أَوْ زَمَانَةٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ كَثْرَةِ عَائِلَةٍ ، أَوْ اشْتِغَالِهِ بِالْعِلْمِ أَوْ نُحُوهِ مِنَ الْفَضَائِلِ ، أَوْ صَرَفِ عَطِيَّتِهِ عَنْ بَعْضٍ وَلَدِهِ لِفُسْقِهِ ، أَوْ بَذْعِهِ ، أَوْ لِكَوْنِهِ يَسْتَعِينُ بِمَا يَأْخُذُهُ عَلَى مَعْصِيَةِ اللَّهِ ، أَوْ يُفِيقُهُ فِيهَا ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يُدَلُّ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِهِ فِي تَخْصِيصِ بَعْضِهِمْ بِالْوَقْفِ : لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ (١٠) الْحَاجَةَ ، وَأَكْرَهُهُ إِذَا كَانَ (١١) عَلَى سَبِيلِ الْأَثَرَةِ . وَالْعَطِيَّةُ فِي مَعْنَاهُ . وَيَخْتَمِلُ ظَاهِرُ لَفْظِهِ الْمَنْعَ مِنَ التَّفْضِيلِ أَوْ التَّخْصِيصِ (١٢) عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِكَوْنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمْ يَسْتَفْصِلْ بِشِيرًا فِي عَطِيَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ ، وَلِأَنَّ بَعْضَهُمْ اخْتَصَّ بِمَعْنَى يَفْتَضِي الْعَطِيَّةَ ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَا ، كَمَا لَوْ اخْتَصَّ بِالْقَرَابَةِ (١٣) . وَحَدِيثُ بِشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَتَرَكَّ النَّبِيُّ ﷺ الِاسْتِفْصَالَ / يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِعِلْمِهِ بِالْحَالِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ عَلِمَ بِالْحَالِ لَمَا قَالَ : « أَلَيْكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنَا : يَخْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ السُّؤَالُ هَهُنَا لِبَيَانِ الْعِلَّةِ ، كَمَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِلَّذِي سَأَلَهُ عَنْ نَبْعِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا نَبَسَ ؟ » قَالَ : نَعَمْ :

و ١٧٢/٥

(٩) فِي م : « امْتَلَّ » .

(١٠ - ١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي م : « وَالتَّخْصِيصِ » .

(١٢) فِي م : « الْقَرَابَةِ » .

قال : « فَلَا إِذَا »^(١٣) . وقد عَلِمَ أَنَّ الرُّطْبَ يَنْقُصُ ، لكنَّ ثَبَّةَ السَّائِلِ بِهَذَا عَلَى عِلَّةِ الْمَنْعِ مِنَ الْبَيْعِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي اسْتِحْبَابِ التَّسْوِيَةِ ، وَكَرَاهَةِ التَّفْضِيلِ . قال إبراهيم : كانوا يَسْتَحِبُّونَ أَنْ يُسَوَّوْا بَيْنَهُمْ حَتَّى فِي الْقَبْرِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَالتَّسْوِيَةُ الْمُسْتَحَبَّةُ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ قِسْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْيَمِيرَاتِ ، فَيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَشُرَيْحٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . قَالَ شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ وَلَدَيْهِ : ارْزُدْهُمْ إِلَى سِهَامِ اللَّهِ تَعَالَى وَفَرَأِضِيهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : مَا كَانُوا يُقَسِّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ : تُعْطَى الْأُنثَى مِثْلَ مَا يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « سَوِّ يَنَّهُمْ » .^(١٤) وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ : « أَيْسُرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَسَوِّ يَنَّهُمْ »^(١٥) . وَابْنُ كَالَابِ فِي اسْتِحْقَاقِ بَرِّهَا ، وَكَذَلِكَ فِي عَطِيَّتِهَا . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ : « سَوَّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كُنْتُ مُؤَثِّرًا لِأَحَدٍ »^(١٦) لَا تَرْتِ النَّسَاءَ عَلَى الرَّجَالِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٧) . وَلِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنثَى ، كَالْتَّفَقَةِ وَالْكُسُوفِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ، وَأَوَّلَى مَا اقْتَدَى بِقِسْمَةِ اللَّهِ ، وَلِأَنَّ الْعَطِيَّةَ فِي الْحَيَاةِ أَحَدُ حَالِي الْعَطِيَّةِ ، فَيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ مِنْهَا مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ^(١٨) ، كَحَالَةِ الْمَوْتِ . يَعْنِي الْيَمِيرَاتِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لِمَا يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَيَنْبَغِي

(١٣) تقدم تخريجه في : ٦٧/٦ .

(١٤ - ١٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) وأخرجه البيهقي ، في : باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبراني ، في : باب في العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .

(١٧) سقط من : م .

أَنْ تَكُونَ عَلَى حَسَبِهِ ، كَمَا أَنَّ مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قَبْلَ وَجوبِهَا يُؤَدِّيَهَا عَلَى صِفَةِ أَذَاتِهَا بَعْدَ وَجوبِهَا ، وَكَذَلِكَ الْكُفَّارَاتُ الْمُعَجَّلَةُ ، وَلِأَنَّ الذَّكَرَ أَخْرَجَ مِنَ الْأُنْثَى ، مِنْ قَبْلِ أَنْهُمَا إِذَا تَرَوْا جَا جَمِيعًا فَالْصَّدَاقُ وَالثَّقَّةُ وَثَقَّةُ الْأَوْلَادِ عَلَى الذَّكَرِ ، وَالْأُنْثَى لَهَا ذَلِكَ ، فَكَانَ أَوْلَى بِالْتَّفْضِيلِ ؛ لِزِيَادَةِ حَاجَتِهِ ، وَقَدْ قَسَمَ اللَّهُ تَعَالَى الْعِمَارَاتِ ، فَفَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بِهَذَا الْمَعْنَى فَتَعَلَّلَ بِهِ ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى الْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ . وَحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنِ ، وَحِكَايَةُ حَالٍ لَا عُمُومَ لَهَا ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ حُكْمُهَا فِي مَا مِثْلُهَا ، وَلَا نَعْلَمُ حَالِ الْأَوْلَادِ بِشِيرٍ ، هَلْ كَانَ فِيهِمْ أُنْثَى أَوْ لَا ؟ وَلَعَلَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثُمَّ تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / عَلَى الْقِسْمَةِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّسْوِيَةَ فِي ^(١٨) أَصْلِ الْعَطَاءِ ، لَا فِي صِفَتِهِ ، فَإِنَّ الْقِسْمَةَ لَا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ^(١٩) مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَكَذَلِكَ الْحَدِيثُ الْآخَرُ ^(٢٠) ، وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَوْلُ عَطَاءٍ : مَا كَانُوا يُقَسِّمُونَ إِلَّا عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . وَهَذَا خَبَرٌ عَنْ جَمِيعِهِمْ ، عَلَى أَنَّ الصَّحِيحَ مِنْ خَبَرِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ مُرْسَلٌ .

ط ١٧٢/٥

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بَيْنَ سَائِرِ أَقَارِبِهِ ، وَلَا إِعْطَاؤُهُمْ عَلَى قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ، سِوَاكَ كُنَا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْخَوَرَةِ وَأَخَوَاتِ ، وَأَعْمَامِ وَبَنِي عَمٍّ ، أَوْ مِنْ جِهَاتٍ ، كَبَنَاتِ وَأَخَوَاتِ وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْمَشْرُوعُ فِي عَطِيَّةِ الْأَوْلَادِ وَسَائِرِ الْأَقَارِبِ ، أَنْ يُعْطِيَهِمْ عَلَى قَدَرِ مَوَارِيثِهِمْ ^(٢١) ، فَإِنْ خَالَفَ وَفَعَلَ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ وَيَعْمَهُمْ بِالنُّحْلَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي مَعْنَى الْأَوْلَادِ ، فَثَبَتَ فِيهِمْ مِثْلُ حُكْمِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا عَطِيَّةٌ لَغَيْرِ الْأَوْلَادِ فِي صِحَّتِهِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ ، كَمَا لَوْ كَانُوا غَيْرَ وَارِثِينَ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ إِبَاحَةٌ تُصَرِّفُ الْإِنْسَانَ فِي مَالِهِ كَيْفَ شَاءَ ، وَإِنَّمَا وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْأَوْلَادِ بِالْخَبَرِ ، وَلَيْسَ غَيْرُهُمْ فِي مَعْنَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي وَجُوبِ بَرٍّ وَالدِّهْمِ ، فَاسْتَوَوْا فِي

(١٨ - ١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : ميراثهم .

عَطِيَّتِهِ . وبهذا علَّلَ النبي ﷺ حين قال : « أَيْسَرُكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بَرِّكَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوَّيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا في غيرهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرَّجُوعَ ^(٢١) فيما أُعْطِيَ ^(٢٢) وَلَدَهُ ، فَيُمْكِنُهُ أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمْ بِاسْتِزْجَاعٍ مَا أُعْطَاهُ لِبَعْضِهِمْ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلأنَّ الْأَوْلَادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الْوَالِدِ لَهُمْ ، وَصَرَفٍ مَالِهِ إِلَيْهِمْ عَادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فِي ذَلِكَ ، وَيَسْتَدُّ عَلَيْهِمْ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ ، وَلَا يُيَارِيهِمْ فِي ذَلِكَ غَيْرُهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا نَصٌّ فِي غَيْرِهِمْ ، وَلأنَّ النبي ﷺ قد عَلَّمَ لِبَشِيرِ زَوْجَةٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْه بِإِعْطَائِهَا شَيْئًا حِينَ أَمَرَهُ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ ، وَلَمْ يَسْأَلْهُ هَلْ لَكَ وَارِثٌ غَيْرَ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب ؛ لقول النبي ﷺ :
« اتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَجُعِلَتْ التَّفْضِيلُ ^(٢٣) كالأب ، وَلأنَّ مَا يَحْصُلُ بِتَخْصِيصِ الأبِ بَعْضَ وَلَدِهِ مِنَ الْحَسَدِ وَالْعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مِثْلُهُ فِي تَخْصِيصِ الْأُمِّ بَعْضَ وَلَدِهَا ، ^(٢٤) فَجُعِلَتْ لَهَا ^(٢٥) مِثْلُ حُكْمِهِ فِي ذَلِكَ .

فصل : وقول الجَزْقِيّ : « أَمَرَ بِرُدِّهِ » . يُدَلُّ عَلَى أَنَّ لِلأبِ الرَّجُوعَ فِيْمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ . وهو ظاهرُ مذهب أحمد ، سواء قَصَدَ بِرْجُوعِهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ أَوْ لَمْ يُرِدْ ، وهذا مذهب مالِك / ، والأَوْزَاعِيّ ، والشَّافِعِيّ ، وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وعن أحمد ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وبها قال أصحابُ الرَّأْيِ ، وَالْقَوْرِيّ ، وَالْعَنْبَرِيّ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَبْرِهِ » ^(٢٦) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وعن عُمَرَ ابْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَنْ ^(٢٧) وَهَبَ هَيْبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهَا صِلَةَ رَجُلٍ ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ، وَمَنْ وَهَبَ هَيْبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ،

(٢١) - (٢٢) في م : في عطية .

(٢٣) في م : بالتفضيل .

(٢٤) - (٢٥) في الأصل : في بيت فيها .

(٢٦) تقدم تحريكه في ١٠٤/٤ .

(٢٧) في الأصل : في من .

يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي « الْمَوْطَأِ » ^(٢٦) . وَلِأَنَّهَا هِبَةٌ يَحْصُلُ بِهَا الْأَجْرُ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجْزِ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ : « فَارْزُدْهُ » . وَرَوَى : « فَارْزِعْهُ » . رَوَاهُ كَذَلِكَ مَالِكٌ عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنِ الثُّعْمَانِ . فَأَمَرَهُ بِالرُّجُوعِ فِي هِبَتِهِ ، وَأَقْلَّ أَحْوَالَ الْأَمْرِ الْجَوَازُ ، وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ ذَلِكَ ^(٢٧) ، فَرَجَعَ فِي هِبَتِهِ لَوْلَا أَنَّهُ تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : فَرَجَعَ أَبِي ، فَارْزُدْكَ الصَّدَقَةَ . وَحَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَعْطَاهُ شَيْئًا ، يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ . وَقَوْلُ بَشِيرٍ : إِنِّي تَحَلْتُ ابْنِي غُلَامًا . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ أَعْطَاهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَارْزُدْهُ » . وَقَوْلُهُ : « فَارْزِعْهُ » . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفَعَانِ الْحَدِيثَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطَى عَطِيَّةٌ ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٨) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا يَخُصُّ عُمُومَ مَا رَوَوْهُ ^(٢٩) ، وَيُفَسِّرُهُ . وَقِيَاسُهُمْ مَنْقُوضٌ بِهِبَةِ الْأَجْنَبِيِّ ؛ فَإِنَّ فِيهَا أَجْرًا وَثَوَابًا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَذَبَ إِلَيْهَا . وَعِنْدَهُمْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَالصَّدَقَةُ عَلَى الْوَالِدِ ^(٣٠) كَمَسْأَلَتِنَا ، وَقَدْ دَلَّ حَدِيثُ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ عَلَى الرُّجُوعِ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : تَصَدَّقْ عَلَى أَبِي بِصَدَقَةٍ .

فصل : وظاهرُ كلامِ الحِرَقِيِّ ، أَنَّ الْأُمَّ كَالْأَبِ ، فِي الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ ؛ لِأَنَّ

(٢٦) في : باب القضاء في الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٤/٢ .

(٢٧) في م : في ذلك .

(٢٨) في : باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأحوذى ٢٩٤/٨ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦١/٢ . وابن ماجه ، في : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٥/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٧٨/٢ .

(٢٩) في م : رواه .

(٣٠) في م : الوالد .

قوله : « وإذا فاضل بين أولاده » يتناول كل والد ، ثم قال في سياقه : « أمر برده » .
 فيدخل فيه الأم . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخله في قوله : « إلا الوالد فيما يعطى
 ولده » . ولأنها لما دخلت في قول النبي : « سوايبن أولادكم » . ينبغي أن تتمكن
 من النسوة ، والرجوع في الهبة طريق في النسوة ، وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن
 إعطاء الآخر مثل عطية الأول ، ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث / بشير^(٣١) بن ١٧٣/٥ ط
 سعد^(٣٢) ، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله : « فأردده » . وقوله :
 « فأرجعه » . ولأنها لما ساءت الأب في تحرير تفضيل بعض ولدها ، ينبغي أن
 تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به ، تخليصاً لها من الإنم . وإزالة للتفضيل
 المحرم ، كالأب . والمنصوص عن أحمد أنه ليس لها الرجوع . قال الأثرم : قلت
 لأبي عبد الله : الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل ؟ قال : ليس هي عندي في
 هذا كالرجل ؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأم لا تأخذ . وذكر حديث
 عائشة : « أطيب^(٣٣) ما أكل^(٣٤) الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه »^(٣٥) . أي
 كأنه الرجل . قال أصحابنا : والحديث حجة لنا ، فإنه خص الوالد ، وهو بإطلاقه
 إنما يتناول الأب دون الأم ، والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده ، ويحوز جميع
 المال في الميراث ، والأم بخلافه . وقال مالك : للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان
 أبوه حياً ، فإن كان ميتاً ، فلا رجوع لها ؛ لأنها هبة لیتيم ، وهبة الیتيم لازمة ،
 كصدقة التطوع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع في صدقة التطوع .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) ف : « مأك » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، في : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٩ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٠ .
 والنسائي ، في : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، في : باب مال الرجل
 من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣١ ، ٤١ ،
 ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرنا بين الهبة والصدقة . وهو قول الشافعي . وفَرْقَ مالِكُ وأصحابُ الرأْيِ بينهما ، فلم يُجيزُوا الرُّجوعَ في الصدقة بحال ، واختَجُّوا بِحَدِيثِ عمرَ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً ، وأَرَادَ بِهَا صِلَةً رَحِمَ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ . ولَنَا ، حَدِيثُ الثَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَى أُنَى بِصَدَقَةٍ . وقال : فَرَجَعَ أَبِي ، فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ . وأيضاً عُمُومُ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ » . وهذا يُقَدِّمُ عَلَى (٣٤) قولِ عمرَ ، ثم هو خاصٌّ في الوالد ، وحَدِيثُ عمرَ عامٌّ ، فَيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ .

فصل : ولِلرُّجوعِ في هبةِ الوَلَدِ شروطُ أربعة :

أحدها ، أن تكونَ باقيةً في مِلْكِ الابنِ ، فإن خَرَجَتْ عن مِلْكِهِ ، بَيْعَ أو هبةً أو وَقْفَ أو إِرْثَ أو غيرَ ذلك ، لم يَكُنْ لَهُ الرُّجوعُ فيها ؛ لَأَنَّهُ إِطْلَالٌ لِمِلْكِ غيرِ الوالدِ . وإن عَادَتْ إليه بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كَبَيْعِ أو هبةً أو وصيةً أو إِرْثَ ونحو ذلك ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعُ فيها ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ بِمِلْكِ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِدْهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَهُ وَإِزَالَتَهُ ، كالَّذِي لم يَكُنْ مَوْهُوبًا لَهُ . وإن عَادَتْ إليه بِفَسْخِ الْبَيْعِ ، لِعَيْبٍ أو إِقَالَةٍ أو فَلَاسِ الْمُشْتَرَى ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُزِيلَ اِرْتَفَعَ ، وعَادَ الْمِلْكُ بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَأَشْبَهَ مَالُو فَسْخِ الْبَيْعِ بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ أو خِيَارِ الشَّرْطِ . والثاني ، / لا يَمْلِكُ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ مِلْكٍ مِنْ اتَّقَلَّ إليه عليه ، فَأَشْبَهَ مَالُو عَادَ إِلَيْهِ بِهَبَةٍ . فَأَمَّا إِنْ عَادَ إِلَيْهِ لِلْفَسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ ، أو خِيَارِ الْمَجْلِسِ ، فَهُوَ الرُّجوعُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عَلَيْهِ .

و ١٧٤/٥

فصل : الثاني ، أن تكونَ العَيْنُ باقيةً في تَصَرُّفِ الوَلَدِ ، بحيث يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ في رَقَبَتِهَا ، فإن اسْتَوْلَدَ الْأُمَّةَ ، لم يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فيها ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيها لَا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِ سَيِّدِهَا . وَإِنْ رَهَنَ الْعَيْنَ ، أو أَفْلَسَ وَحْجَرَ عَلَيْهِ ، لم يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجوعَ فيها ؛

(٣٤) سقط من : م .

لأن في ذلك إبطالاً لحق غير الولد . فإن زال المانع من التصرف ، فله الرجوع ؛ لأن ملك الابن لم يزُل ، وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك ، فمَنع الرجوع ، فإذا زال [زال] المانع ، والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب . وهو مذهب الشافعي وجماعة سواه . فأمّا من أجاز بيع المكاتب ، فحكمه حكم المستأجر والمزوج . وأما التدبير ، فالصحيح أنه لا يمنع البيع ، فلا يمنع الرجوع . وإن قلنا : يمنع البيع . منع الرجوع . وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقية ، كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه ^(٣٥) ، والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير . إن قلنا : لا يمنع البيع ، والمزارعة عليها ، وجعلها مضاربة ، أو في عقد شركة ، فكل ذلك لا يمنع الرجوع ؛ لأنه لا يمنع تصرف الابن في رقيتها ، وكذلك العتق المعلق على صفة . وإذا رجع وكان التصرف لازماً ، كالإجارة والتزويج والكتابة ، فهو باق بحاله ؛ لأن الابن لا يملك إبطاله ، فكذا من اتقل إليه . وإن كان جائزاً ، كالوصية والهبة قبل القبض ، بطل ؛ لأن الابن يملك إبطاله . وأما التدبير والعتق المعلق بصفة ، فلا يفتي حكمهما في حق الأب ، ومتى عاد إلى الابن ، عاد حكمهما . فأمّا البيع الذي للابن فيه خيار ، إما بشرط ، أو غيب في الثمن ، أو غير ذلك ، فمَنع الرجوع ؛ لأن الرجوع يتضمن فسخ ملك الابن في عوض المبيع ، ولم يثبت له ذلك من جهته . وإن وهب الابن لابنه ، لم يملك الرجوع فيه ؛ لأن رجوعه إبطال لملك غير ابنه . فإن رجع الابن في هبته ، احتمل أن يملك الأب الرجوع في هبته حيثئذ ؛ لأنه فسخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول . ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع ؛ لأنه رجع إلى ابنه ^(٣٦) بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبهه ما لو وهب ابن الابن لابنه ^(٣٧) .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) في الأصل : ؛ أيه .

(٣٧) في الأصل : ؛ لابنه .

فصل : الثالث ، أن لا يتعلّق بها رغبة لغير الولد ، فإن تعلّق بها رغبة لغيره ،
مثل أن يهبّ ولكه شيئا فيرغب الناس في معامليته ، وأدأؤه ذبوتا ، أو رغبوا في
مناكحته ، فزوجه إن كان ذكرا ، أو تزوجت الأنثى لذلك ، فمن أحمد روايتان ؛
أولاهما ، ليس له الرجوع . قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في الرجل يهبّ لإبنه
مالا : فله الرجوع ، إلا أن يكون غرّ به قوما ، فإن غرّ به ، فليس له أن يرجع فيها .
وهذا مذهب مالك ؛ لأنه تعلّق به حق غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقه ، وقد
قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار »^(٣٨) . وفي الرجوع ضرر ، ولأنّ في هذا
تحيّلا على إلحاق الضرر بالمسلمين ، ولا يجوز التحيل على ذلك . والثانية ، له
الرجوع ؛ لعموم الخبر ، ولأنّ حق المتزوج والغريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم
يمنع الرجوع فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تزيد زيادة متصلة ، كالسمن والكبر وتعلّم صنعة . فإن
زادت ، فمن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛
لأنّها زيادة في الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة .
والثانية ، تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنّ الزيادة للموهوب له لكونها ثمنا ملكه ،
ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع
فيها ، امتنع الرجوع في الأصل ، لئلا يفضي^(٣٩) إلى سوء المشاركة ، وضرر
التشقيص ، ولأنّه^(٤٠) استرجاع للمال يفسخ عقد لغير عيب في عوضه ، فمنعه
الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصداق يفسخ النكاح ، أو ينصفه بالطلاق ، أو
رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري . ويفارق الرّد بالعيب من جهة أنّ الرّد من
المشتري ، وقد رضى ببدل الزيادة . وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض ،

(٣٨) تقدم تخريجه في : ١٤٠/٤ .

(٣٩) في م : « يقتضى » .

(٤٠) في الأصل زيادة : « فسخ » .

فَرَادَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْمُشْتَرَى الْآخَرَ بِهِ عَيْبًا ، قُلْنَا : بَائِعُ الْمَعِيبِ سَلَطَ مُشْتَرِيهِ عَلَى الْفَسَخِ ، يَبِيعُهُ الْمَعِيبُ ، فَكَأَنَّ الْفَسَخَ وَجَدَ مِنْهُ . وَلِهَذَا قُلْنَا ، فِيمَا إِذَا فُسَخَ الرُّجُوعُ النِّكَاحُ لِعَيْبِ الْمَرْأَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ : لَا صَدَاقَ لَهَا ، كَمَا لَوْ فُسَخَتْهُ . وَعَلَى هَذَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الزِّيَادَةِ فِي الْعَيْنِ ، كَالسَّمَنِ وَالطُّولِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ فِي الْمَعَانِي ، كَتَعْلَمُ^(٤١) صُنْعَةِ أَوْ كِتَابَةِ أَوْ قُرْآنِ^(٤٢) أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ إِسْلَامٍ ، أَوْ قَضَاءٍ دِينٍ عَنْهُ . وَهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الزِّيَادَةُ بِتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَقَضَاءِ الدِّينِ عَنْهُ ، لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ لَهَا مُقَابِلُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ وَتَعْلَمُ الصَّنْعَةِ . وَإِنْ زَادَ يَبْرُثُهُ مِنْ / مَرَضٍ أَوْ صَمٍّ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كَسَائِرِ الزِّيَادَاتِ ، وَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةُ الْعَيْنِ أَوْ التَّعْلَمِ لَا تَزِيدُ فِي قِيمَتِهِ شَيْئًا ، أَوْ يَنْقُصُ مِنْهَا ، لَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِزِيَادَةٍ فِي الْمَالِيَّةِ . وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كَوَلَدِ الْبَهِيمَةِ ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، وَكَسَبِ الْعَبْدِ ، فَلَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بغيرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا حَادِثَةٌ فِي مِلْكِهِ ، وَلَا تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَلَا تَتَّبِعُ هُنَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهَا لِلْأَبِ . وَهُوَ بَعِيدٌ ، فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ وَلَدَ أُمَةٍ لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أُمِّهِ ، وَذَلِكَ مُحَرَّمٌ^(٤٣) ، لِأَنَّ نَقُولَ أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا جَمِيعًا ، أَوْ يَرْجِعُ فِي الْأُمِّ ، وَيَتَمَلَّكُ^(٤٤) الْوَلَدَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ .

فصل : وَإِنْ قَصَرَ^(٤٥) الْعَيْنُ أَوْ فَصَلَهَا ، فَلَمْ تَزِدْ قِيمَتُهَا ، لَمْ تَمْنَعْ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَزِدْ وَلَا الْقِيَمَةَ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ ، هَلْ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أَوْ لَا ؟ مَبْنًى^(٤٥) عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي السَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَمْنَعَ هَذِهِ الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بِكُلِّ

(٤١) - (٤١) فِي الْأَصْلِ : « الصَّنَاعَةُ أَوْ الْكِتَابَةُ أَوْ الْقُرْآنُ » .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ : « يَحْرَمُ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَمْلِكُ » .

(٤٤) قَصَرَ الثَّوبَ : دَقَّهُ وَبَيَضَهُ .

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْنِي » .

حَالٍ ، لِأَنَّهَا حَاصِلَةٌ بِفِعْلِ الْإِبْنِ ، فَجَرَتْ مَجْرَى الْعَيْنِ الْحَاصِلَةِ بِفِعْلِهِ ، بِخِلَافِ السَّمَنِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْأَبِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعُ ، لِأَنَّهُ نَسَاءُ الْعَيْنِ ، فَيَكُونُ تَابِعًا لَهَا . وَإِنْ وَهَبَ حَامِلًا قَوْلَدَتْ فِي يَدِ الْإِبْنِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي الْوَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ زِيَادَةٌ مُتَّفَصِلَةٌ إِذَا قُلْنَا : الْحَمْلُ لَا حُكْمَ لَهُ . وَإِنْ وَهَبَ حَامِلًا ، ثُمَّ رَجَعَ فِيهَا حَامِلًا ، جَازَ إِذَا لَمْ تَرُدَّ قِيمَتَهَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ^(٤٦) . وَإِنْ وَهَبَ حَامِلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّفَصِلَةٌ^(٤٧) ، وَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا دُونَ حَمْلِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ ، قَرَأَتْ بِهِ قِيمَتُهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ قِيمَتَهَا ، جَازَ الرُّجُوعُ فِيهَا . وَإِنْ وَهَبَ نَحْلًا فَحَمَلَتْ ، فَهِيَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وَبَعْدَهُ زِيَادَةٌ مُتَّفَصِلَةٌ .

فصل : وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْعَيْنِ ، أَوْ تَقَصَّتْ قِيمَتُهَا ، لَمْ يَمْنَعِ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَى الْإِبْنِ فِيمَا تَلَفَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَلَفُ^(٤٧) عَلَى مِلْكِهِ . وَسَوَاءٌ تَلَفَ بِفِعْلِ الْإِبْنِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ . وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ جَنَايَةً تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ كَتَقْصَانِهِ بِذَهَابِ بَعْضِ أَجْزَائِهِ ، وَلِلْأَبِ الرُّجُوعُ فِيهِ ، فَإِنْ رَجَعَ فِيهِ ، ضَمِنَ أَرْضَ الْجَنَايَةِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَى الْعَبْدِ ، قَرَجَعَ الْأَبُ^(٤٨) فِيهِ ، فَأَرْضُ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ لِلْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّفَصِلَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَرَادَ الْأَبُ الرُّجُوعَ فِي^(٤٩) الرَّهْنِ ، وَعَلَيْهِ فَكَأَكْهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، فَكَيْفَ مَلَكَ الرُّجُوعَ فِي^(٥٠) الْعَبْدِ / الْجَانِي إِذَا أَدَّى أَرْضَ جَنَايَتِهِ ؟ قُلْنَا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِي الْعَيْنِ ، بِخِلَافِ الْجَنَايَةِ ، وَلِأَنَّ فَلَكَ الرَّهْنِ فَنَسَخَ لِعَقْدِ عَقْدَهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ ، وَهَهُنَا لَمْ يَتَّعَلَقِ الْحَقُّ بِهِ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَالرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ أَنْ يَقُولَ : قَدْ رَجَعْتُ فِيهَا ، أَوْ ارْتَجَعْتُهَا ،

(٤٦) فِي م : مُتَّفَصِلَةٌ .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ : تَلَفَ .

(٤٨) فِي م زِيَادَةٌ : فَرَجَعَ الْأَبُ .

(٤٩ - ٤٨) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ .

أَوْ ارْتَدَّ ذُنُوبُهَا^(٥٠) . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنَ الْإِتْفَاطِ الدَّالَّةِ عَلَى الرَّجُوعِ ، وَلَا يَخْتَاجُ إِلَى حُكْمٍ حَاجِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِقَضَاءِ قَاضٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُؤْهَبِ لَهُ مُسْتَقَرٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ فِي فُسْخِ عَقْدٍ ، فَلَمْ يَنْتَقِرْ إِلَى قَضَاءٍ ، كَالْفُسْخِ بِخِيَارِ الشَّرْطِ . فَأَمَّا إِنْ أَخَذَ مَا وَهَبَهُ لَوْلَدِهِ ، فَإِنْ تَوَى بِهِ الرَّجُوعُ ، كَانَ رُجُوعًا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَيْتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ تَوَى الرَّجُوعُ أَوْ لَا ، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ الْآبِ ، فَإِنْ لَمْ تَوْجَدْ قَرِينَةً تَدُلُّ عَلَى الرَّجُوعِ ، لَمْ يُحْكَمْ بِكَوْنِهِ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ يَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ وَغَيْرَهُ ، فَلَا تُزِيلُ حُكْمًا يَقِينًا^(٥١) بِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ . وَإِنْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرَائِنٌ دَالَّةٌ^(٥٢) عَلَى الرَّجُوعِ فِيهِ وَجِهَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَكُونُ رُجُوعًا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَرَبٍ ، لِأَنَّا انْكَفَيْنَا فِي الْعَقْدِ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، فَقَبِيَ الْفُسْخُ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ لَفْظَ الرَّجُوعِ إِذَا كَانَ رُجُوعًا لِلدَّلَالَةِ عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ مَا دَلَّ عَلَيْهِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَابِتٌ لِلْمُؤْهَبِ لَهُ يَقِينًا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِالصَّرِيحِ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُنْتَى هَذَا عَلَى نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ فِيهِ ، لَمْ يَكْتَفِ هُنَا إِلَّا بِالْفَقْطِ يَقْتَضِي زَوَالَهُ ، وَمَنْ انْكَفَى فِي الْعَقْدِ بِالْمُعَاطَاةِ الدَّالَّةِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَهُنَا أَوَّلَى . وَإِنْ تَوَى الرَّجُوعُ مِنْ غَيْرِ فَعَلٍ وَلَا قَوْلٍ ، لَمْ يَحْصُلِ الرَّجُوعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ عَلَى مَالٍ مَمْلُوكٍ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمَجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَإِنْ عَلَّقَ الرَّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فَقَالَ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ رَجَعْتُ فِي الْهَيْبَةِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ لِلْعَقْدِ لَا يَقِفُ عَلَى شَرْطٍ ، كَمَا لَا يَقِفُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ .

٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَرُدُّهُ ، فَقَدْ تَبَّ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضل بين ولده في العطايا ، أو حصص بعضهم بعطيته^(١) ، ثم مات قبل أن

(٥٠) في الأصل : « رددتها » .

(٥١) في م : « يقينا » .

(٥٢) في م : « دار » خطأ .

(١) في الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدُّهُ ، ثَبَتَ ذَلِكَ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ، وَلَزِمَ ، وَلَيْسَ لِثَبِيَةِ الْوَرْتَةِ الرَّجُوعُ . هذا
الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ عَمْدِ بْنِ الْحَكَمِ ، وَالْمَيْمُونِيِّ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَلَّالِ ،
/ وصاحبه أبي بكرٍ . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأكثر أهل
العلم ، وفيه رواية أخرى ^(٢) عن أحمد ، أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه .
اختاره ابن بطّة وأبو حفص العكبري . وهو قول غزوة بن الزبير ، وإسحاق . وقال
أحمد : غزوة قد روى الأحاديث الثلاثة ؛ حديث عائشة ، وحديث عمر ، وحديث
عثمان ^(٣) ، وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ ، يرد في حياة الرجل وبعد
موته ^(٤) . وهذا قول إسحاق ، إلا أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم ، لا يسع
أن يتفجع أحدهم ما أعطى دون إخوته وأخواته ؛ لأن النبي ﷺ سمي ذلك جورا بقوله :
« لا تشبهني على جور » . والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ، ولا للمعطى تناوله .
والموت لا يغيره عن كونه جورا حراما ، فيجب رده ، ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس
ابن سعد ، أن يرد قسمه أبيه حين ولد له ولد ، ولم يكن علم به ، ولا أعطاه شيئا ،
وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد ^(٥) ، بإسناده من طريقين ، أن سعد بن عبادة
قسم ماله بين أولاده ، وخرج إلى الشام ، فمات بها ، ثم ولد بعد ذلك ولد فمشى
أبو بكر وعمر ، رضي الله عنهما ، إلى قيس بن سعد ، فقالا : إن سعدا قسم ماله ،
ولم يذر ما يكون ، وإننا نرى أن ترد هذه القسمة . فقال قيس : لم أكن لأغير شيئا صنعته
سعد ، ولكن نصيب لي . وهذا معنى الخبر . ووجه القول الأول قول أبي بكر ، رضي
الله عنه ، لعائشة ، لما تحلها تحلا : وددت لو أنك كنت خزيتي ^(٦) . فدل على أنها

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم في صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم في صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم في صفحة

٢٥٤ .

(٤) أي إلى أن معنى حديث النبي ﷺ يرد في حياة الرجل وبعد موته .

(٥) في : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ٩٧/١ .

(٦) تقدم في صفحة ٢٠٦ .

لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . وكذلك قول عمر : لا نخله إلا نخله يحوزها الولد دون الوالد . ولأنها عطية لولده فلزم الموت كما لو انفرد . وقوله : « إذا كان ذلك في صحته » يدل على أن عطيته في مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ ؛ لأن العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية ، في أنها تعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبي إجماعاً ، فكذا لا تنفذ في حق الوارث . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، أن حكم الهبات في المَرَض الذي يموت فيه الواهب ، حكم الوصايا ، هذا مذهب المديني ، والشافعي ، والكوفي . فإن أعطى أحد بنيهِ في صحته ، ثم أعطى الآخر في مرضه ، فقد توقف أحمد فيه ، فإنه سئل عن زَوْج ابنته ، فأعطى عنه الصداق ، ثم مرض الأب ، وله ابن آخر / ، هل يعطيه ^(٧) في مرضه ^(٨) كما أعطى ابنه ^(٩) الآخر في صحته ؟ فقال : لو كان أعطاه في صحته ، فيختل وجهين ؛ أحدهما ، لا يصح ؛ لأن عطيته في مرضه كوصيته ، ولو وصى له لم يصح ، فكذا إذا أعطاه . والثاني ، يصح ؛ لأن التسوية بينهما واجبة ، ولا طريق لها في هذا الموضوع إلا بعطية ^(١٠) الآخر ، فتكون واجبة ، فتصح ، كقضاء دينه .

فصل : قال أحمد : أحب أن لا يقسم ماله ، ويدعه على فرائض الله تعالى ، لعله أن يولده ، فإن أعطى ولده ماله ، ثم ولده ولده ، فأعجب إلى أن يرجع فيسوي بينهم . يعني يرجع في الجميع ، أو يرجع في بعض ما أعطى كل واحد منهم ليدفعوه ^(١١) إلى هذا الولد الحادث ، ليساوي إخوته . فإن كان هذا الولد الحادث بعد الموت ، لم يكن

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) في الأصل : بعطية .

(١٠) في الأصل : ليدفعه .

له الرجوع على إخوانه ؛ لأنَّ العطيَّةَ لِمَت يَمُوتَ أبيه ، إلا على الرواية الأخرى ، التي ذهب إليها أبو عبد الله ابن بطَّة . ولا خلاف في أنَّه يُسْتَحَبُّ لِمَنْ^(١١) أُعْطِيَ أَنْ يُسَاوِيَ أخاه في عطيَّته ، ولذلك أمر أبو بكر وعمر ، رضي الله عنهما ، قيس بن سعد ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أبيه ، لِيُسَاوُوا المَوْلودَ الحادِثَ بعدَ مَوْتِ أبيه .

فصل : وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ، وَيَتَمَلَّكُهُ ، مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ، ومع عَدَمِها ، صَغِيرًا كان الولدُ أو كَبِيرًا ، بِشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن لا يُجْحِفَ بالأبن ، ولا يَضُرُّ به ، ولا يأخذ شيئًا تَعَلَّقَتْ به حاجته . الثاني ، أن لا يأخذ من مال ولد^(١٢) فِعْطِيَّه الآخر . نصُّ عليه أحمد ، في رواية إسماعيل بن سعيد ، وذلك لأنَّه مَمْنُوعٌ من تخصيص بعض ولده بالعطيَّة من مال نفسه ، فلأن يُنَمَّعَ من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أَوْلَى . وقد روى أن مسروقًا زَوَّجَ ابنته بِصَدَاقِ عَشْرَةِ آلاف ، فأخذها ، وأتفقها في سبيل الله ، وقال للزوج : جَهِّزْ امرأتَكَ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بِقَدْرِ حاجته ؛ لأنَّ النبي ﷺ قال : « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ،^(١٣) فِي بَلَدِكُمْ هَذَا^(١٤) » ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَرَوَى الْحَسَنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِ »^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ^(١٦) طَيْبِ نَفْسِهِ » . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(١٧) . وَلأنَّ مِلْكَ الابنِ تَامٌ

(١١) في م : ١ من ٤ .

(١٢) في م : ١ ولده ٤ .

(١٣ - ١٢) سقط من : م .

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة : ١٥٦/٥ .

(١٥) وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال يجب على الرجل مكتابة عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ٣١٩/١٠ . عن حبان بن أبي جلبة .

(١٦) في م : ١ على ٤ .

(١٧) تقدم تخريجه في : ٦٠٦/٦ . ويضاف إليه :

على مال نفسه ، فلم يُجزْ اثْتِزَاعُهُ منه ، كالذي / تَعَلَّقْتُ بِهِ حَاجَتُهُ . ولنا ، ما رَوَتْ ١٧٧/٥ و
عائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ
كَسْبِكُمْ ، وَإِنْ أَوْلَادُكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وَقَالَ :
حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى
النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَبِي أَحْتَاجَ مَالِي . فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيْكَ » . رَوَاهُ
الطَّبْرَانِيُّ ، فِي « مُعْجَمِهِ » ^(١٩) مُطَوَّلًا ، وَرَوَاهُ غَيْرُهُ ، وَزَادَ : « إِنْ أَوْلَادُكُمْ مِنْ
أَطِيبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ » . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنْكَدِرِ ، وَالْمُطَّلِبُ بْنُ
خَنْطَبٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي مَالًا وَعِيَالًا ، وَلِأَبِي
مَالًا وَعِيَالًا ، وَلِي يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيْكَ » .
أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٢٠) . وَلَأنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْوَلَدَ مُوْهَبًا لِأَبِيهِ ، فَقَالَ :
﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾ ^(٢١) . وَقَالَ : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيَى ﴾ ^(٢٢) . وَقَالَ
زَكَرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا ﴾ ^(٢٣) . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي

= كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٣/٥ . والبيهقي ، في : باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه
إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى
١٠٠ ، ٩٧/٦ .

(١٨) تقدم تخريجها في ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبراني ، في الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفي الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواء
الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ، ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
وأبو داود ، في : باب في الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب مال الرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ .
والطحاوي ، في : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقي ، في : باب
ما جاء في إخباره من قال في نفسه شعراً ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبْ لِي عَلَى الْكَبِيرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴿٢٤﴾ . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أخذ ماله ، كعَبْدِهِ . وقال سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ ، في قوله : ﴿ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ ﴾ ﴿٢٥﴾ . ثم ذَكَرَ بُيُوتَ سَائِرِ الْقَرَابَاتِ إِلَّا الْأَوْلَادَ لم يَذْكُرْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا في قوله : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلَادِهِمْ كَبُيُوتِهِمْ ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهِمْ . وَلِأَنَّ الرَّجُلَ يَلِي مَالَ وَلَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَوَلِيٍّ ، فَكَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَالِ نَفْسِهِ . وَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَأَحَادِيثُنَا تَخْصُهَا وَتُقَسِّرُهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ مَالَ الْإِبْنِ مَالًا لِأَبِيهِ ، بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَلَدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثُمَّ هُوَ يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حَقِّهِ عَلَى حَقِّهِ ، لَا عَلَى نَفْيِ الْحَقِّ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَالْوَلَدُ أَحَقُّ مِنَ الْوَالِدِ بِمَا تَعَلَّقَتْ بِهِ حَاجَتُهُ .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ مُطَالَبَةٌ أَبِيهِ بِذَيْنِ عَلَيْهِ . وبه قال الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ . وهو مُفْتَضِي قول سُفْيَانَ بْنِ عُيَيْنَةَ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنِ ثَابِتٌ ، فَجَارَتْ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ﴿٢٧﴾ ، كغَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِأَبِيهِ يَفْتَضِيهِ دَيْنًا عَلَيْهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . رَوَاهُ أَبُو عَمْرِو الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ﴿٢٨﴾ . وَرَوَى الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَّارٍ ، فِي كِتَابِ « الْمُؤَقِّعَاتِ » ﴿٢٩﴾ ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ رَجُلًا اسْتَفْرَضَ مِنْ ابْنِهِ / مَالًا ، فَحَبَسَهُ ، فَأَطَالَ حَبْسَهُ ، فَاسْتَعَاذَ عَلَيْهِ الْإِبْنُ عَلَى ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَذَكَرَ قِصَّتَهُ فِي شِعْرِ ، فَأَجَابَهُ أَبُوهُ بِشِعْرٍ أَيْضًا ، فَقَالَ عَلَى رَضَى اللَّهِ عَنْهُ :

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) في الأصل : « للمرأة » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تخريجه في صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) المؤقفيات ١١١ ، ١١٢ .

قد سَمِعَ القاضى ومن رَبَّى الفهم
 المالُ لِلشَّيْخِ جَزَاءً بِالتَّعَمُّ
 يَأْكُلُهُ بِرَغْمِ أَنْفٍ مَنْ رَغِمَ
 مَنْ قال قَوْلًا غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمَ
 وَجَرَ في الحُكْمِ وَيُسَ ما جَرَمَ

قال الزُّبَيْرُ: إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المالَ أَحَدُ نَوْعِي الحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطالَبَةُ
 أبيه بها ، كحُقُوقِ الأبدانِ . ويُفَارِقُ الأبُ غَيْرَه ، بما تَبَيَّنَ له من الحَقِّ على وَلَدِه . وإن
 مات الابنُ ، فانتَقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِه ، لم يَمْلِكُوا مُطالَبَةَ الأبِ به ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُمْ لم يكنْ
 له المُطالَبَةُ ، فهم أُولَى . وإن مات الأبُ ، رَجَعَ الابنُ في تَرَكَّتِه بِدَيْنِه ؛ لأنَّ دَيْنَه لم
 يَسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تَأَخَّرَتِ المُطالَبَةُ . وقد رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا مات
 الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال في مَنْ أَخَذَ مِنْ مَهْرِ ابْنَتِهِ شَيْئًا فَأَتَقَفَه : فليس عليه شيءٌ ،
 ولا يُؤْخَذُ مِنْ بَعْدِه ، وما أَصَابَتْ مِنَ المَهْرِ مِنْ شَيْءٍ بَعَيْنِه أَخَذَتْه . وتأوَّلَ بعضُ أَصْحابِنَا
 كَلَامَه على (٣٠) «أنَّ له ما» أَخَذَه على سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ أَخَذَه له ،
 وإنفاقَه إِيَّاه ، دَلِيلًا على قَصْدِ (٣١) التَّمْلِيكِ ، فَيُبْنَى المِلْكُ (٣٢) بذلك الأخذِ . والله
 أعلمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ في مالِ الابنِ قَبْلَ تَمْلِكِه ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه . نَصَّ عليه
 أحمدُ ، فقال : لا يَجُوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابْنِه ، ما لم يَقْبِضْهُ . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إِبْرأُوه
 مِنْ دَيْنِه ، ولا هِبَتُه لِمَالِه ، ولا بَيْعُه له ؛ وذلك لأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ على مالِ نَفْسِه ،
 فَصَحَّ (٣٣) تَصَرُّفُه فيه ، وَيَحِلُّ له وَطْءُ جَوَارِيه ، ولو كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا ، لم يَحِلَّ له
 الوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الجاريةِ المُشْتَرَكَةِ ، وإنَّما للأبِ انْتِزاعُه منه ، كالعينِ التي

(٣٠ - ٣١) في الأصل : « أنه » .

(٣١ - ٣٢) في الأصل : « التملك له » .

(٣٢) في م : « يصح » .

وَهَبَهَا إِيَّاهُ ، فَقَبِلَ الْبَيْعَ لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ وَلَايَةٍ .
وإن كان الابنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِمَا لَا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فِيهِ ،
وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ ذَنْبِهِ ، وَغَتُّ عَيْنِهِ ، وَهَبُهُ مَالِهِ .

فصل : قال أحمدُ : بين الرُّجُلِ وبين وَلَدِهِ رُبًّا . لما ذَكَرْنَاهُ من أَنَّ مِلْكَ الابنِ على
مالِهِ تَامٌ . وقال : لَا يَطَأُ جَارِيَةَ الابنِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهَا . يَعْنِي يَتَمَلَّكُهَا . وذلك لِأَنَّهُ
إِذَا وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ، فَقَدْ وَطِئَهَا وَلَيْسَتْ زَوْجَةً وَلَا مِلْكٌ يَمِينُ ، وَإِنْ تَمَلَّكَهَا ، لم
يَحِلَّ لَهُ / وَطِئُهَا حَتَّى يَسْتَبْرَأَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ مِلْكٍ ، فَوَجَبَ اسْتِبْرَاءُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ
اشْتَرَاهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ قَدْ وَطِئَهَا ، لم تَحِلَّ لَهُ بَحَالُ . وَإِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهَا ^(٣٣) ،
كَانَ مُحَرَّمًا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ مِلْكِهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ وَطِئَهَا قَبْلَ
اسْتِبْرَائِهَا . وَإِنْ كَانَ الابنُ وَطِئَهَا ، حُرِّمَتْ بِوَجْهِ ثَالِثٍ ، وَهِيَ أَنَّهَا صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ
حَلِيلَةٍ أَيْنَهُ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَظَّ عَلَيْهِ ؛ لِشَبْهِهِ الْمَلِكِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَضَافَ مَالَ الْوَلَدِ
إِلَى أَبِيهِ ، فَقَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَلَدَهُ
حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَطْئِهِ انْتَفَى عَنْهُ الْحَدُّ لِلشَّبْهِةِ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدِهِ ^(٣٤) ، وَلَيْسَ لِلْابْنِ
مُطْلَقَتُهُ بِشَيْءٍ مِنْ قِيَمَتِهَا ، وَلَا قِيَمَةُ وَلَدِهَا وَلَا مَهْرُهَا . وَهَلْ يُعْزَرُ ؟ يَحْتَمِلُ
وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، أَشْبَهَ مَالَهُ وَطْئَ جَارِيَةٍ مُشْتَرَكَةٍ
بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يُعْزَرُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، فَلَا يُعْزَرُ
بِالتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

فصل : وليس لغير الأبِ الأخذُ من مالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي الْأَبِ ،
بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ غَيْرِ الْأَبِ ^(٣٥) عَلَيْهِ ، لِأَنَّ لِلْأَبِ ^(٣٥)
وَلَايَةَ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِهِ إِذَا كَانَ صَغِيرًا ، وَلَهُ شَفَقَةٌ تَامَةٌ ^(٣٦) ، وَحَقٌّ مُتَأَكَّدٌ ، وَلَا يَسْقُطُ

(٣٣) في م : تملكه .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : م .

(٣٦) سقط من : الأصل .

مِيرَاتُهُ بِحَالٍ . وَالْأُمُّ لَا تَأْخُذُ ؛ لِأَنَّهَا لَا وِلَايَةَ لَهَا . وَالْجَدُّ أَيْضًا لَا يَلِي عَلَى مَالٍ وَلَدَانِيهِ ، وَشَفَقَتُهُ قَاصِرَةٌ عَنْ شَفَقَةِ الْأَبِ ، وَيُخْجَبُ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَفِي وِلَايَةِ الْكَسَاحِ . وَغَيْرُهُمَا^(٣٧) مِنَ الْأَقَارِبِ وَالْأَجَانِبِ لَيْسَ لَهُمُ الْأَخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْيِيزِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ الْأَخْذُ فِي حَقِّ الْأُمِّ وَالْجَدِّ ، مَعَ مُشَارَكَتِهِمَا لِلأَبِ فِي بَعْضِ الْمَعَانِي ، فَغَيْرُهُمَا مِمَّنْ^(٣٨) لَا يُشَارِكُ الْأَبَ فِي ذَلِكَ أَوَّلَى .

٩٣٦ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَلَا يَحِلُّ لَوَاهِبٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَيْبَتِهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أَنْ يَرْجَعَ فِي هَدْيَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُثَبَّ عَلَيْهَا)

يعْنِي وَإِنْ لَمْ يُعَوِّضْ عَنْهَا^(١) . وَأَرَادَ مِنْ عَدَا الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ذَكَرَ أَنَّ لِلأَبِ الرُّجُوعَ ، بِقَوْلِهِ : « أَمَرَ بِرَدِّهِ » . فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ فِي هَيْبَتِهِ وَلَا هَدْيَتِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ النَّحْصِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : مَنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَجْمٍ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ، مَا لَمْ يُثَبَّ عَلَيْهَا ، وَمَنْ وَهَبَ لَذِي رَجْمٍ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ^(٢) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ ، مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(٣) . وَبَقَوْلِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَخْصُلْ لَهُ عَنْهَا عَوَضٌ ، فَجَازَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَالْعَارِيَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . وَفِي رِوَايَةٍ لَهُ^ط ١٧٨/٥ « لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ ، الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) ، وَأَيْضًا

(٣٧) فِي م : « وَغَيْرُهَا » .

(٣٨) فِي م : « مِمَّنْ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهَا » .

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٦٢ .

(٣) فِي : بَابِ مَنْ وَهَبَ هَبَةً رَجَاءَ ثَوَابِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْمَهَابَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٢/٧٩٨ .

(٤) اللَّفْظُ الْأَوَّلُ تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ١٠٤/٤ .

وَالثَّانِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الرَّجُلِ لِأَمْرَاتِهِ وَالْمَرْأَةِ لِرُجُوعِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَهَبَةِ . صَحِيحٌ =

قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطَى وَلَدَهُ». وقد ذَكَرْنَاهُ^(٥). وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَرْجِعُ وَاهِبٌ فِي هَبِّهِ، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطَى وَلَدُهُ»^(٦). وَلِأَنَّهُ وَاهِبٌ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي الْمَالِ، فَلَمْ يَرْجِعْ فِي هَبِّهِ، كَذَى الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ. وَأَحَادِيثُنَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِهِمْ^(٧) وَأَوَّلَى. وَقَوْلُ عَمَرَ، قَدْ رَوَى عَنْ ابْنِهِ وَابْنِ عَبَّاسٍ خِلَافَهُ. وَأَمَّا الْعَارِيَّةُ فَأَيْنَمَا هِيَ هَبُّ الْمَتَاعِ، وَلَمْ يَحْصُلِ الْقَبْضُ فِيهَا. فَإِنْ قَبَضَهَا بِاسْتِيفَائِهَا، فَتَنْظِيرُ مَسَائِلَتِنَا مَا اسْتَوْفَى مِنْ مَتَاعِ الْعَارِيَّةِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا.

فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رَحِمِهِ الْمَحْرَمِ غَيْرِ وَلَدِهِ، لَا رُجُوعَ فِيهِ. وكذلك ما وهب الزَّوْجُ لِمَرْأَتِهِ. والخِلَافُ فيما عدا هؤلاء، فعندنا لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْوَالِدُ، وَعِنْدَهُمْ لَا يَرْجِعُ إِلَّا الْأَجْنَبِيُّ. فَأَمَّا هَبُّ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، فعن أحمدَ فِيهِ رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، لَا رُجُوعَ لَهَا فِيهَا. وهذا قولُ عَمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَالتَّحْمِيّ، وَرَبِيعَةَ، وَمَالِكٍ، وَالثَّوْرِيَّ، وَالشَّافِعِيَّ، وَأَبِي تَوْرٍ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ. وهو قولُ عَطَاءٍ، وَقَتَادَةَ. والثَّانِيَةُ، لَهَا الرُّجُوعُ. قال الأَثَرُمُ: سَمِعْتُ أَحْمَدَ يُسْأَلُ عَنِ الْمَرْأَةِ تَهَبُ، ثُمَّ تَرْجِعُ، فَرَأَيْتُهُ يَجْعَلُ النِّسَاءَ غَيْرَ الرِّجَالِ. ثُمَّ ذَكَرَ الْحَدِيثَ: «إِنَّمَا يَرْجِعُ

= البخاري ٢٠٧/٣. وابن ماجه، في: باب الرجوع في الهبة، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢. والثالث أخرجه البخاري، في: باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة. وفي: باب في الهبة والشفعة، من كتاب الخيل. صحيح البخاري ٢١٥/٣، ٣٥/٩. والترمذي، في: باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٣٠١/٥. والنسائي، في: باب ذكر الاختلاف لغير عبد الله بن عباس فيه، من كتاب الهبة. المحبتي ٢٢٤/٦. والإمام أحمد، في: المسند ٢١٧/٢. (٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٢.

(٦) أخرجه ابن ماجه، في: باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٨٢/٢. والبيهقي، في: باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ...، من كتاب الهبات. السنن الكبرى ١٧٩/٦، ١٨٠.

(٧) م: «و أحاديثهم».

فِي الْمَوَاهِبِ النَّسَاءُ وَشِرَارُ الْأَقْوَامِ ^(٨) . وَذَكَرَ حَدِيثَ عُمَرَ : إِنَّ النَّسَاءَ يُعْطِينَ أَزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً وَرَهْبَةً ، فَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئًا ، ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ بِإِسْنَادِهِ ^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَحَكَاهُ الزُّهْرِيُّ عَنْ الْقَضَاةِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ثَالِثَةً ، نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، إِذَا وَهَبْتَ لَهُ مَهْرَهَا ، فَإِنْ كَانَ سَأَلَهَا ذَلِكَ ، رَدَّهَ إِلَيْهَا ، رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْهَبُ إِلَّا مُحَافَةَ غَضَبِهِ ، أَوْ ^(١٠) إِضْرَارِهَا ^(١١) ، بَأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَأَلَهَا ، وَتَبَرَّعَتْ بِهِ ، فَهُوَ جَائِزٌ . فَظَاهِرُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَتْ مَعَ الْهَبَةِ قَرِينَةٌ ، مِنْ مَسْأَلَتِهِ لَهَا ، أَوْ غَضَبِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى خَوْفِهَا مِنْهُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ شَاهِدَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَعْطَبْ بِهَا نَفْسُهَا ، وَإِنَّمَا أَبَاحَهُ اللَّهُ تَعَالَى عِنْدَ طَيْبِ نَفْسِهَا ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ^(١٢) . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْحَرَقِيِّ الرِّوَايَةُ الْأُولَى ، وَهُوَ اخْتِيَارُ أَيْ بَكَرٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(١٣) . / وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ . وَغُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِلْمُتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِي صَدَقَتِهِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ قَالَ فِي حَدِيثِهِ : مَنْ وَهَبَ هَبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ^(١٤) . مَعَ غُمُومِ أَحَادِيثِنَا ، فَاتَّفَقَ دَلِيلُهُمْ وَدَلِيلُنَا ، فَلِذَلِكَ اتَّفَقَ قَوْلُهُمْ وَقَوْلُنَا .

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب العائد في هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ١١١/٩ . والطحاوي ، في : باب الرجوع في الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معاني الآثار ٨٢/٤ .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، في : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ١١٥/٩ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : احتراز .

(١١) سورة النساء ٤ .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٣) تقدم تحريجه في صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ الْمُطْلَقَةُ ، لَا تَقْتَضِي ثَوَابًا ، سَوَاءَ كَانَتْ مِنَ الْإِنْسَانِ لِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ أَوْ أَعْلَى مِنْهُ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْهِبَةِ لِمِثْلِهِ أَوْ دُونَهُ كَقَوْلِنَا . فَإِنْ كَانَتْ لِأَعْلَى مِنْهُ ، فَمِثْلُهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، لِقَوْلِ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا ^(١٤) . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ عَلَى وَجْهِ الثُّبْرِعِ ، فَلَمْ تَقْتَضِ ثَوَابًا ، كَهَيْبَةِ الْمِثْلِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ خَالَفَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ عَنِ الْهِبَةِ ، كَانَتْ هِبَةً مُبْتَدَأَةً لَا عَوْضًا ، أَثَمًا أَصَابَ غَيْرًا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّدُّ . وَإِنْ خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، أَخَذَهَا صَاحِبُهَا ، وَلَمْ يَرْجِعِ الْمَوْهُوبُ لَهُ بِبَدْلِهَا . فَإِنْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ ثَوَابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ ، فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ ، فِي ضَمَانِ الدَّرَكِ ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ وَالشُّفْعَةِ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قَوْلٌ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ مَا يُتَابَى مُقْتَضَاهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَمْلِيكَ بِعَوْضٍ ، فَصَحَّ مَا لَوْ قَالَ : مَلَكَتُكَ هَذَا بِدَرَاهِمٍ . فَإِنَّهُ لَوْ أَطْلَقَ التَّمْلِيكَ كَانَ هِبَةً ، وَإِذَا ذَكَرَ الْعَوْضَ صَارَ بَيْعًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يَقْتَضِي أَنْ يُغْلَبَ فِي هَذَا حُكْمُ الْهِبَةِ ، فَلَا تُثَبِّتُ فِيهَا أَحْكَامُ الْبَيْعِ الْمُخْتَصَّةُ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ ثَوَابًا مَجْهُولًا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَفَسَدَتِ الْهِبَةُ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ ، يُرَدُّهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ بِزِيَادَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكٍ الْوَاحِبِ . وَإِنْ كَانَتْ تَأْلُفَةً ^(١٥) ، رُدَّتْ قِيمَتُهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَجَمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهَا يَصِحُّ ، فَإِذَا أَعْطَاهَا عَوْضًا رَضِيَهُ ، لَزِمَ الْعَقْدُ بِهَذَا ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ : إِذَا قَالَ الْوَاحِبُ : هَذَا لَكَ عَلَى أَنْ تُثْبِتَنِي . فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِذَا لَمْ يُثْبِتْهُ ، لِأَنَّهُ شَرَطَ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ : إِذَا وَهَبَ لَكَ عَلَى وَجْهِ الْإِنَابَةِ ،

(١٤) تقدم تخريجها في صفحة ٢٦٢ .

(١٥) في الأصل : ١ باقية .

فلا يجوز إلا أن يُبَيِّهَ عنها^(١٦) ، فعلى هذا عليه أن يُعْطِيَهُ حتى يَرْضِيَهُ ، فإن لم يُفْعَلْ فَلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطِيَهُ قَدْرَ قِيَمَتِهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا بَيِّنٌ ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ التَّرَاضِي ، إِلَّا أَنَّهُ / بَيِّنٌ بِالْمُعَاطَاةِ ، فَإِذَا عَوَّضَهُ عَوَضًا رَضِيَهُ ، حَصَلَ الْبَيْعُ ١٧٩/٥ ط بما حَصَلَ مِنَ الْمُعَاطَاةِ مَعَ التَّرَاضِي بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَحْصُلِ التَّرَاضِي ، لَمْ تَصِحِّحْ ؛ لِإِعْدَمِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَلَا الْمُعَاطَاةُ مَعَ التَّرَاضِي . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أَرَادَ بِهَا الْقَوَابِ ، فَهُوَ عَلَى هَيْبَتِهِ ، يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَرْضَ مِنْهَا . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَفَضَّالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ ، وَمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَرَى أَنَّ الْهِبَةَ الْمُطْلَقَةَ تَقْتَضِي تَوَابًا . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً ، فَأَعْطَاهُ ثَلَاثًا فَأَتَى ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَأَتَى ، فَرَادَهُ ثَلَاثًا ، فَلَمَّا كَمَلْتُ سَبْعًا ، قَالَ : رَضِيْتُ : فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهِبَ إِلَّا مِنْ قُرْشِي » أَوْ أَنْصَارِي أَوْ ثَقَفِي أَوْ دَوْسِي . « مِنْ » الْمُسْنَدِ ^(١٧) . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَغَيَّرَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ ، وَلَمْ يُبَيِّهْ مِنْهَا ، فَلَا أَرَى عَلَيْهِ نُقْصَانَ مَا نَقَصَ عَنْهُ إِذَا رَدَّهُ إِلَى صَاحِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَوَابًا لَيْسَ ، أَوْ غُلَامًا اسْتَعْمَلَهُ ، أَوْ جَارِيَةً اسْتَخْدَمَهَا ، فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ إِذَا نَقَصَ فَلَاشْيَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ عِنْدِي مِثْلُ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ وَالنُّقْصَانُ لِصَاحِبِهِ .

٩٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ : ذَارِي لَكَ عُمْرِي . أَوْ هِيَ لَكَ عُمْرُكَ . فَهِيَ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)

العُمُرَى وَالرُّقْبَى : تَوْعَانِ مِنَ الْهِبَةِ ، يَفْتَقِرَانِ إِلَى مَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ سَائِرُ الْهَبَاتِ مِنَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

(١٧) الْمُسْنَدُ ٢/٢٤٧ .

كَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ عَطِيَةِ الْمَرْأَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمَجْتَبَى ٦/٢٣٧ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْهَبَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَوَاهِبِ . الْمَصْنَفُ ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجاب والقبول والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره . وصورة العمرى أن يقول الرجل : أعمرتك دارى هذه ، أو هى لك عمرى ، أو ما عشت ، أو مدة حياتك ، أو ما حيت ، أو نحو هذا . سميت عمرى لتقييدها بالعمر . والرقبى : أن يقول : أرقبتك هذه الدار ، أو هى لك حياتك ، على أنك إن مت قبل عاذاث إلى ، وإن مت قبلك فهى لك ولعقبك . فكأنه يقول : هى لآخرنا موتا . وبذلك سميت رقبى ؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه . وكلاهما جائز ، فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن بعضهم أنها لا تصح ؛ لأن النبى ﷺ قال : « لا تعمروا ولا ترقبوا »^(١) . ولنا ، ما روى جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها » . رواه أبو داود ، والترمذى^(٢) . وقال : حديث حسن . فأما النهى ، فائتما ورد على سبيل الإغلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعدد للمعمر والمرقب ، ولم يعد إليكم منه شيء . وسياق الحديث يدل عليه ، فإنه^(٣) قال : « فمن أعمر عمرى ، فهى لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه » . ولو أريد به حقيقة النهى ، لم يمنع / ذلك صحتها ؛ فإن النهى إنما يمنع صحة ما يفيد المنهى عنه فائدة ، أما إذا كان صحة المنهى عنه ضررا على متركبه ، لم يمنع صحته ، كالطلاق فى زمن الحاضر ، وصحة العمرى ضرر على المعمر ،^(٤) فإن ملكه يزول^(٥) بغير عوض . إذا

و ١٨٠/٥

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٤ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٣ ، ٣٤/٢ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٣٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٠١/٦ والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لحبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) فى م : « فإن » .

(٤ - ٥) فى الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعُمَرَى تَنْقُلُ الْمِلْكَ إِلَى الْمُعَمَّرِ . وَهَذَا قَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَشُرَيْحٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ : الْعُمَرَى تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ ، لَا تَمْلِكُ بَهْرَقَةَ الْمُعَمَّرِ بِحَالٍ ، وَيَكُونُ لِلْمُعَمَّرِ السُّكْنَى ، فَإِذَا مَاتَ عَادَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ . وَإِنْ قَالَ : لَهُ وَلِعَقِبِهِ . كَانَ سُكْنَاهَا لَهُمْ ، فَإِذَا انْقَرَضُوا عَادَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ . وَاجْتَهَا بِنَارِ بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْقَاسِمِ ، قَالَ : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ الْعُمَرَى ، مَا يَقُولُ النَّاسُ فِيهَا ؟ فَقَالَ الْقَاسِمُ : مَا أَدْرَكَتُ النَّاسَ إِلَّا عَلَى شُرُوطِهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ وَمَا أُعْطُوا . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ إِسْحَاقَ الْحَرَبِيُّ ، عَنْ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : لَمْ يَخْتَلِفِ الْعَرَبُ فِي الْعُمَرَى ، وَالرَّقْبَى ، وَالْإِفْقَارِ ^(٥) ، وَالْإِخْبَالِ ^(٦) ، وَالْمِنْحَةِ ^(٧) ، وَالْعَرِيَّةِ ، وَالْعَارِيَّةِ ، وَالسُّكْنَى ، وَالْإِطْرَاقِ ، أَنَّهَا عَلَى مِلْكِ أَرْبَابِهَا ، وَمَنَافِعُهَا لِمَنْ جُعِلَتْ لَهُ . وَلَأنَّ التَّمْلِيكَ لَا يَتَأَقُّتُ ، كَالْوَبَاعَةِ إِلَى مُدَّةٍ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَتَأَقُّتُ ، حُمِلَ قَوْلُهُ عَلَى تَمْلِيكِ الْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ تَرْقِيَّتُهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أُمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمَرَى ، فَهِيَ لِلَّذِي أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقِبِهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٨) . وَفِي لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْعُمَرَى لِمَنْ وَهَبَتْ لَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) .

(٥) الْإِفْقَارُ : أَنْ يَعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ دَابَّتَهُ ، فَيُرْكَبُهَا مَا أَحَبَّ فِي سَفَرٍ أَوْ حَضَرَ ، ثُمَّ يَرُدُّهَا عَلَيْهِ .

(٦) الْإِخْبَالُ : أَنْ يَعْطَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ الْبَعِيرَ أَوْ النَّاقَةَ لِيُرْكَبُهَا ، فَيَجْتَزَّ وَيُرْهَا ، وَيَنْتَفِعَ بِهَا ، ثُمَّ يَرُدُّهَا .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « الْمَنْحَرَةُ » . وَالْمَنْحَةُ : أَيُّ يَمْنَحُ الرَّجُلُ أَخَاهُ نَاقَةً أَوْ شَاةً ، فَيَحْتَلِبُهَا عَامًا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ .

(٨) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّقْبَى ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٦٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِحَبْرِ جَابِرٍ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٦/٢٣١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٧٩٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/٣١٢ ، ٣٨٦ .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا قِيلَ فِي الْعُمَرَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/٢١٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَاتِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٢٤٦ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعُمَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٦٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ اخْتِلَافِ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعُمَرَى . الْمُجْتَبَى ٦/٢٣٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/٣٩٣ ، ٣٠٤/٣ .

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ^(١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا رُقْيَى ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْعُمَرَى لِلْوَارِثِ^(١١) . وَقَدْ رَوَى مَالِكٌ حَدِيثَ الْعُمَرَى ، فِي « مَوْطِئِهِ »^(١٢) ، وَهُوَ صَحِيحٌ رَوَاهُ جَابِرٌ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ^(١٣) ، وَمُعَاوِيَةُ ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ^(١٤) . وَقَوْلُ الْقَاسِمِ لَا يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ فِي مُخَالَفَةِ قَوْلِ^(١٥) سَيِّدِ الْمُرْسَلِينَ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُدْعَى لِجَمَاعِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، لِكَثْرَةِ مَنْ قَالَ بِهَا مِنْهُمْ ، وَقَضَى بِهَا طَارِقُ^(١٦) بِالْمَدِينَةِ بِأَمْرِ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ . وَقَوْلُ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ : إِنَّهَا عِنْدَ الْعَرَبِ تَمْلِكُ الْمَنَافِعَ . لَا يَضُرُّ إِذَا نَقَلَهَا الشَّرْعُ إِلَى تَمْلِكِ الرُّقْيَةِ ، كَمَا نَقَلَ الصَّلَاةَ مِنَ الدُّعَاءِ إِلَى الْأَفْعَالِ الْمَنْظُومَةِ ، وَنَقَلَ الظُّهَارَ وَالْإِبْلَاءَ مِنَ الطَّلَاقِ إِلَى أَحْكَامِ مَخْصُوصَةٍ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ/ التَّمْلِكَ لَا يَتَأَقَّثُ . قُلْنَا : فَلِذَلِكَ أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأَقُّثَهَا ، وَجَعَلَهَا تَمْلِكًا مُطْلَقًا .

١٨٠/٥ ظ

(١٠) في : باب الرقي ، من كتاب الهيات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٤/٢ ، ٧٣ .

(١١) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقي ، ومن كتاب العمري . المجتبى

٢٢٨/٦ ، ٢٢٩ . وابن ماجه ، في : باب العمري ، من كتاب الهيات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ١٨٩/٥ .

(١٢) في : باب القضاء في العمري ، من كتاب الأقضية ، الموطأ ٧٥٦/٢ .

(١٣) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على أبي الزبير ، من كتاب الرقي ، ومن كتاب العمري . المجتبى

٢٢٩ ، ٢٢٧/٦ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في العمري والرقي ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٦/٣ .

ومسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهيات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في العمري ،

من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبي كثير ... ، من كتاب

العمري . المجتبى ٢٣٥/٦ .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان . انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١ .

فصل: إذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه ، فهذا تأكيد لحكمها ، وتكون للمعمر وورثته . وهذا قول جميع القائلين بها . وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا ؛ لأنها تمليك للرقية ، فأشبهت الهبة . فإن شرط أنك إذا مئت فهي لى . فعن أحمد روايتان ؛ إحداهما ، صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر . وبه قال القاسم بن محمد ، وزيد بن قسيط^(١٧) ، والزهرى ، ومالك ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن أبى ذئب^(١٨) ، ومالك ، وأبو نؤير ، وداود . وهو أحد قولى الشافعى ؛ لما روى جابر ، قال : إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول : هى لك ولعقبك . فأمّا إذا قال : هى لك ما عشت . فإنها ترجع إلى صاحبها . متفق عليه^(١٩) . وروى مالك ، فى « موطئه »^(٢٠) ، عن جابر ، أن رسول الله ﷺ قال : « أيمارجل أعمار عمرى له ، ولعقبه ، فإنها للذى أعطىها ، لا ترجع إلى الذى أعطها » . لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث . وقال القاسم بن محمد : ما أذكر كنت الناس إلا على شروطهم فى أموالهم . والرواية الثانية ، أنها تكون للمعمر ولورثته ، ويسقط الشرط . وهذا قول الشافعى الجديد ، وقول أبى حنيفة . وهو ظاهر المذهب . نص عليه أحمد ، فى رواية أبى طالب ؛ للأحاديث المطلقة التى ذكرناها ، وقول رسول الله ﷺ : « لأزقبى ، فمن أزقب شيئا ، فهو له فى حياته وموته » . وقال

(١٧) فى ١ م ، ٥ : زيد . وانظر : الإكمال ٣٣٩/٧ .

(١٨) فى الأصل : « ذؤيب » .

(١٩) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٤/٣ .

ولم نجده فى البخارى : انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

(٢٠) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٥/٣ . وأبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ٩٩/٦ . والنباتى ، فى : باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٣/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

مجاهد : الرُقْبَى أن يقول هي للآخر مِئْتَى وَمِنْكَ مَوْتًا . وَرَوَى الإمامُ أحمدُ^(٢١) ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا عُمرَى ، وَلَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أَوْ أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ » . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي إِبْطَالِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الرُقْبَى يُشْتَرَطُ فِيهَا عَوْدُهَا إِلَى الْمَرْقَبِ إِنْ مَاتَ الْآخَرُ قَبْلَهُ . وَأَمَّا حَدِيثُهُمُ الَّذِي اخْتَجَّوْا بِهِ ، فَمِنْ قَوْلِ جَابِرٍ تَفْسِيهِ ، وَأَمَّا ثَقُلَ لَفْظُ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، وَلَا تُفْسِدُوهَا ، فَإِنَّهُ مَنْ أُعْمِرَ عُمرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا ، حَيًّا وَمَيِّتًا ، وَلَعَقِبِهِ » . وَلَأَنَّا لَوْ أَجَزْنَا هَذَا الشَّرْطَ ، كَانَتْ هَبَةٌ مُؤَقَّتَةٌ ، وَالْهَبَةُ لَا يَجُوزُ فِيهَا التَّاقِيْتُ^(٢٢) ، وَلَمْ يُفْسِدْهَا الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ عَلَى الْمُعْمَرِ ، وَإِنَّمَا شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَمَتَى لَمْ يَكُنِ الشَّرْطُ مَعَ الْمَعْقُودِ مَعَهُ ، لَمْ يُؤْثَرْ فِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ : إِنَّهُ أَعْطَى غَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ . / فَهَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ كَلَامِ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، كَذَلِكَ رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذُئْبٍ^(٢٣) ، وَفَصَّلَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ فَقَالَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، إِنَّهُ قَضَى فِي مَنْ أُعْمِرَ عُمرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ ، فَهِيَ لَهُ بَتْلَةٌ^(٢٤) ، لَا يَجُوزُ لِلْمُعْطَى فِيهَا شَرْطٌ وَلَا مَتْنَبِيَّةٌ^(٢٥) . قَالَ أَبُو سَلَمَةَ : لِأَنَّهُ أَعْطَى غَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِثُ .

فصل : والرُقْبَى هي أن يقول : هذا لك عُمرَكَ ، فَإِنْ مِتُّ قَبْلِي رَجَعْ إِلَى ، وَإِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ . وَمَعْنَاهُ هِيَ لَاخِرَتَا مَوْتَا . وَكَذَلِكَ فَسَّرَهَا مُجَاهِدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ . وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : هِيَ أَنْ يَقُولَ : هِيَ لَكَ حَيَاتُكَ ، فَإِذَا مِتُّ فَهِيَ لِفُلَانٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَى . وَالْحُكْمُ فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ

(٢١) في : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل : « ذؤيب » .

وأخرج الحديث مسلم ، في : باب العمري ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ . والنسائي ، في باب ذكر الاختلاف على الزهري فيه ، من كتاب العمري . المجتبى ٦/٢٣٣ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المتنوية : الاستثناء .

ذِكْرُهُ ، وَأَنَّهَا كَالْعُمَرَى إِذَا شَرَطَ عَوْدَهَا إِلَى الْمُعْمِرِ . وَقَالَ عَلِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :
 الْعُمَرَى وَالرُّقْبَى سَوَاءٌ . وَقَالَ طَاوُسٌ : مَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْيَمِائِثِ . وَقَالَ
 الزُّهْرِيُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يَعْنِي أَنَّ مَعْنَاهَا إِذَا مِتُّ فَهَذَاكَ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَأَبُو حَنِيفَةَ : الرُّقْبَى بَاطِلَةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْعُمَرَى ، وَأَبْطَلَ
 الرُّقْبَى ^(٢٦) . وَلِأَنَّ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِلْآخِرِ مِنَّا ، وَهَذَا تَمْلِيكٌ مُعَلَّقٌ بِخَطَرٍ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُ
 التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَيْنَاهُ مِنَ الْأَخْبَارِ ، وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ
 مَعْنَاهَا مَا ذَكَرُوهُ ، بَلْ مَعْنَاهَا أَنَّهَا لِكُلِّ حَيَاتِكَ ، فَإِنْ مِتُّ رَجَعْتُ إِلَيَّ . فَتَكُونُ كَالْعُمَرَى
 سَوَاءً ، إِلَّا أَنَّهُ زَادَ شَرْطُهَا لَوَرَثَةِ الْمُرْقَبِ ، إِنْ مَاتَ الْمُرْقَبُ قَبْلَهُ ، وَهَذَا يَبِينُ تَأْكِيدَهَا
 عَلَى الْعُمَرَى .

فصل : وَاصِحُ الْعُمَرَى فِي غَيْرِ الْعَقَارِ ، مِنَ الْحَيَوَانِ ، وَالتَّبَاتِ ^(٢٧) ؛ لِأَنَّهَا تَوْعُّ
هَبَةً ، فَصَحَّتْ فِي ذَلِكَ ، كَسَائِرِ الْهَبَاتِ . وَقَدَرُوهُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الرَّجُلِ يُعَمِّرُ الْجَارِيَةَ :
فَلَا أَرَى لَهُ وَطْأَهَا . قَالَ الْقَاضِي : لَمْ يَتَوَقَّفْ أَحْمَدُ عَنْ وَطْءِ الْجَارِيَةِ لِعَدَمِ الْمَلِكِ فِيهَا ،
لَكِنْ عَلَى طَرِيقِ الْوَرَعِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ اسْتِبَاحَةٌ فَتَرَجَّحَ ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي صِحَّةِ الْعُمَرَى ،
وَجَعَلَهَا بَعْضُهُمْ تَمْلِيكًا لِلْمَنَافِعِ ، فَلَمْ يَرَّ لَهُ وَطْأُهَا هَذَا ، وَلَوْ وَطِئَهَا كَانَ جَائِزًا .

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى
 ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب
 فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ،
 ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي
 ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ،
 ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى
 ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى :
 المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .
 (٢٧) فى م : و والياب .

فصل : وإن وَقَّتْ الهِبةَ إلى غير العُمري والرُقبي ، فقال : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسِنَةٍ ، أو إلى أن يَقدَمَ الحاجُّ ، أو إلى أن يَبْلُغَ وَلَدِي ، أو مُدَّةَ حَيَاةِ فُلَانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنها تَمْلِكُ للرَّقبةِ ، فلم تَصِحَّ مُوقَّتَةً ، كالْبَيْعِ ، وَتُفَارِقُ العُمري والرُقبي ؛ لأنَّ الإنسانَ إِنَّمَا يَمْلِكُ الشَّيْءَ عُمَرَهُ ، فإذا مَلَكَه عُمَرُهُ فَقَدْ وَقَّتَهُ بما هو مُوقَّتٌ به في الحَقِيقَةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَالْمُطْلَقِ . وإن شَرَطَ رُجُوعَهَا إليه بعد ذلك ، كان شَرَطًا على غير المَوْهُوبِ / له ، بخِلَافٍ غيرِه . ١٨١/٥ ط

٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : سَكَّنَاها لَكَ عُمَرَكَ . كَانَ لَهُ اخْتِذَها أَيُّ وَقَّتِ أَحَبُّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كَالْعُمَرَى والرُّقْبَى)

أما إذا قال : سَكَّنِي هذه الدَّارَ لَكَ عُمَرَكَ ، أو اسْكُنْها^(١) عُمَرَكَ . أو نحو ذلك ، فليس ذلك بِعَقْدٍ لازمٍ ؛ لِأَنَّهُ في التَّحْقِيقِ هِبةُ المَنَافِعِ ، والمَنَافِعُ إِنَّمَا تُسْتَوْفَى بِمُضِيِّ الزَّمانِ شيئا فشيئا ، فلا تَلَزَمُ إِلَّا في قَدَرٍ ما قَبَضَهُ منها واستَوْفاه بالسُّكْنَى . ولِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاءَ ، وإِيهاما ماتَ بَطَلَتِ الإِبَاحَةُ . وبهذا قال أَكْثَرُ العُلَماءِ ، وَجَماعَةُ أَهْلِ الفُتُوَى ، منهم ؛ الشَّعْبِيُّ ، والنَّحْيِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسحاقُ ، وَأَصْحابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى مَعْنَى ذلك عن حَفْصَةَ . وقال الحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : هِيَ كَالْعُمَرَى ، تَكُونُ لَهُ وَلِعَقْبِهِ ؛ لِأَنَّها في مَعْنَى العُمَرَى ، فَيُبْتِثُ فيها مثل حُكْمِها . وَحُكِّي عن الشَّعْبِيِّ أَنَّهُ إِذا قال : هِيَ لَكَ ، اسْكُنْ حتى تَمُوتَ . فهِىَ لَهُ حَيَاتُهُ وَمَوْتُهُ . وَإِنْ قال : دَارِي هذه اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فَإِنَّها تُرْجَعُ إلى صَاحِبِها ؛ لِأَنَّهُ إِذا قال : هِيَ لَكَ . فَقَدْ جَعَلَ لَهُ رَقَبَتَها ، فَتَكُونُ عُمَرَى . فَإِذا قال : اسْكُنْ دَارِي هذه . فَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ نَفْعَها دون رَقَبَتِها ، فَتَكُونُ عَارِيَّةً . وَلَمَّا ، أَنَّ هذا إِبَاحَةُ المَنَافِعِ ، فلم يَقَعْ لَازِمًا كَالْعَارِيَّةِ . وَفَارَقَ العُمَرَى فَإِنَّها هِبةٌ لِلرَّقْبَةِ . فَأَمَّا إِذا قال : هذه لَكَ ، اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ^(٢) لَكَ سَكَّنَاها حتى تَمُوتَ .

(١) في الأصل : « اسْكُنْها » .

(٢) في الأصل : « يحصل » .

وَتَفْسِيرُهَا بِذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ السُّكْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ لَكَ سُكْنَاهَا . وَإِذَا اخْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الرِّقَبَةَ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُرِيدَ السُّكْنَى ، فَلَا تُزِيلُ مِلْكُهُ بِالْإِحْتِمَالِ .

فصل : إِذَا وَهَبَ هِبَةً فَاسِدَةً ، أَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، ثُمَّ وَهَبَ تِلْكَ الْعَيْنَ ، أَوْ بَاعَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مَعَ عِلْمِهِ بِفَسَادِ الْأَوَّلِ ، صَحَّ الْعَقْدُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ ، عَالِمًا بِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ صِحَّةَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَفِي صِحَّةِ الثَّانِي وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صَحَّتْهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَادَفَ مِلْكَهُ ، وَثُمَّ يَشْرُوطُهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ فُسَادَ الْأَوَّلِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا يَعْتَقِدُ فُسَادَهُ ، فَفَسَدَ (٣) ، كَمَا لَوْ صَلَّى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ مُحَدِّثٌ ، فَبَانَ مُتَطَهِّرًا . وَهَكَذَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أَنَّهَا لِأَيِّهِ ، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ وَمَلَكَهَا بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ غَضَبَ عَيْنَهَا فَبَاعَهَا يَعْتَقِدُهَا مَغْضُوبَةً ، فَبَانَ أَنَّهَا مِلْكُهُ ، فَعَلِيَ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : أَصْلُ الْوَجْهَيْنِ مَنْ بَاشَرَ امْرَأَةً بِطَّلَاقٍ يَعْتَقِدُهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَبَانَ امْرَأَتُهُ ، أَوْ وَاجَهَ بِالْعَتَقِ مَنْ يَعْتَقِدُهَا حُرَّةً ، فَبَانَ أَمْتُهُ ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَالْحُرِّيَّةِ رَوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ، كَمَا حَكَيْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

و ١٨٢/٥

(٣) فِي النِّسْخِ : « فَفَسَدَ » .

كُتَابُ اللَّقْطَةِ

وهي المَالُ الضائع من رَبِّهِ ، يَلْتَقِطُهُ غَيْرُهُ . قال الخليل بن أحمد : اللَّقْطَةُ ، يَفْتَحُ القَافِ : اسمٌ لِلْمَلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ مَا جَاءَ عَلَى فُعْلَةٍ ، فهو اسمٌ لِلْفَاعِلِ ، كَقَوْلِهِمْ : هُمَزَةٌ وَلُمَزَةٌ وَضَحْكَةٌ وَهَزَاةٌ . وَاللَّقْطَةُ ، بِسُكُونِ القَافِ : المَالُ الْمَلْقُوطُ ، مثل الضَّحْكَةِ الذي يُضْحَكُ منه ، والهَزَاةُ الذي يُهْزَأُ به . وقال الأصمعي ، وابن الأعرابي ، والفرّاء : هي يَفْتَحُ القَافِ ، اسمٌ للمَالِ الْمَلْقُوطِ أيضا . والأصلُ في اللَّقْطَةِ ما رَوَى زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ الْجُهَنِيُّ قال : سِئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ لَقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ ، فقال : « اِغْرِفْ وَكَأَهَا ، وَعِفَّاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمَ مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعَهَا ، فَإِنَّ مَعَهَا جَذَاءَهَا وَسِقَاها ، تَرِدُ الْمَاءَ ^(١) ، وتأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . وسأله عن الشاةِ ، فقال : « اخْذْهَا ، فَإِنَّهَا لَكَ ، أَوْ لِأَحْيِكَ ، أَوْ لِلذَّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . والوكاءُ : الحَيْطُ الذي يُشَدُّ بِهِ المَالُ فِي الْخِرْقَةِ . وَالْعِفَاصُ : الوِعَاءُ الذي هي فيه ، من خِرْقَةٍ أَوْ قِرْطاسٍ أَوْ غَيْرِهِ . قاله

(١) في م : « المَالُ » خطأ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الغضب في الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفي : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... من كتاب اللقطة ، وفي : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٤/١ ، ١٤٩/٣ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٣٤/٨ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٤٧/٣ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأخوذى ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبق والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

أَبُو عُبَيْدٍ . وَالْأَصْلُ فِي الْعِفَاصِ أَنَّهُ الْجِلْدُ الَّذِي يُلبَسُهُ رَأْسُ الْقَارُورَةِ . قَوْلُهُ : « مَعَهَا جِذَاءُهَا » . يَعْنِي خُفَّهَا ، فَإِنَّهُ لِقَوْتِهِ وَصَلَاتِهِ يَجْرِي مَجْرَى الْجِذَاءِ . وَسِقَاؤُهَا : بَطْنُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَأْخُذُ فِيهِ مَاءً كَثِيرًا ، فَيَنْفَى مَعَهَا يَمْنَعُهَا الْعَطَشُ . وَالضَّلَالَةُ : اسْمٌ لِلْحَيَوَانِ^(٣) خَاصَّةً ، دُونَ سَائِرِ اللَّقَطَةِ ، وَالْجَمْعُ ضَوَالٌ ، وَيُقَالُ لَهَا أَيْضًا : الْهَوَامِي وَالْهَوَافِي وَالْهَوَامِلُ .

فصل : قَالَ إِمَامُنَا ، رَحِمَهُ اللَّهُ : الْأَفْضَلُ تَرْكُ الْإِلْتِقَاطِ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ^(٤) ، وَعَطَاءٌ . وَمَرَّ شَرِيحٌ بِدِرْهَمٍ ، فَلَمْ يَغْرِضْ لَهُ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ^(٥) إِذَا وَجَدَهَا بِمَضْيِغَةٍ ، وَأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، فَلَا فُضْلَ أَخْذِهَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ آخَرٍ ، أَنَّهُ يَجِبُ أَخْذُهَا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى / ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾^(٦) . فَإِذَا كَانَ وَلِيِّهِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ حِفْظُ مَالِهِ . وَمِمَّنْ رَأَى أَخْذَهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَأَخْذُهَا أُنْبِئُ بِهَا كَعَبٍ ، وَسُوَيْدُ بْنُ غَفَلَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ شَيْعَالُهُ بِأَلٍ ، يَأْخُذُهَا أَحَبُّ إِلَيْهِ ، وَيَعْرِفُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ حِفْظُ مَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ ، فَكَانَ أَوَّلَى مِنْ تَضْيِيعِهِ ، وَتَخْلِيصِهِ مِنَ الْفَرَقِ . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلَا نَعْرِفُ لِهَؤُلَاءِ فِي الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ تَغْرِيطٌ لِنَفْسِهِ لِأَكْلِ الْحَرَامِ ، وَتَضْيِيعُ الْوَاجِبِ مِنْ تَغْرِيفِهَا ، وَأَدَاءِ الْأَمَانَةِ فِيهَا ، فَكَانَ تَرْكُهَا أَوَّلَى وَأَسْلَمَ ، كَوَلَايَةِ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَتَخْلِيلِ الْخَمْرِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْطَلُّ بِالضَّوَالِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا مَعَ مَا ذَكَرُوهُ ، وَكَذَلِكَ وََلَايَةُ مَالِ الْإِيْتَامِ .

(٣) فِي م : الْحَيَوَانُ .

(٤) فِي النِّسْخِ : خُثَيْمٌ . وَهُوَ الرَّبِيعُ بْنُ خُثَيْمٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الثَّوْرِيُّ الْكُوفِيُّ ، تَوَفَّى بَعْدَ قَتْلِ الْحُسَيْنِ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَسِتِينَ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٢٤٢/٣ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٧١ .

٩٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَدَ لُقْطَةً ، عَرَفَهَا سِتَّةً فِي الْأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ فِي التَّعْرِيفِ سِتَّةَ فُصُولٍ ؛ فِي وُجُوبِهِ ، وَقَدَرِهِ ، وَزَمَانِهِ ، وَمَكَانِهِ ، وَكَيْفِيَّتِهِ ، وَمَنْ يَتَوَلَّاهُ . أَمَّا وَجُوبُهُ ، فَإِنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سَوَاءً أَرَادَ تَمْلُكَهَا أَوْ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَجِبُ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ زَيْدُ بْنُ خَالِدٍ ^(١) ، وَأَبِي بَنْ كَعْبٍ ^(٢) ، وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلَأنَّ حِفْظَهَا لِصَاحِبِهَا إِنَّمَا يَقَعُ بِإِصَالِهَا إِلَيْهِ . وَطَرِيقُهُ التَّعْرِيفُ ^(٣) ، أَمَا بَقَاؤها فِي يَدِ الْمُلتَقِطِ مِنْ غَيْرِ وَصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، فَهُوَ وَهْلُهَا سَيِّئَان ، وَلَأنَّ إِمْسَاكَهَا مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ ، تَضْيِيعٌ لَهَا عَنْ صَاحِبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَرَدُّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ إِلْقَائِهَا فِي غَيْرِهِ ، وَلَأنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبِ التَّعْرِيفُ ، لَمَا جَازَ الْإِلْتِقَاطُ ؛ لِأنَّ بَقَاءَهَا فِي مَكَانِهَا إِذَا أَقْرَبُ إِلَى وَصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا ، إِنَّمَا بَانَ يَطْلُبُهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي ضَاعَتْ فِيهِ فَيَجِدُهَا ، وَإِنَّمَا بَانَ يَجِدُهَا مَنْ يَقْرِفُهَا ، وَأَخَذَ هَذَا ^(٤) لَهَا يَقُوْتُ الْأَمْرَيْنِ ، فَيَحْرُمُ ، فَلَمَّا جَازَ الْإِلْتِقَاطُ وَجَبَ التَّعْرِيفُ ، كَيْلَا يَخْصُلَ هَذَا الضَّرَرُ . وَلَأنَّ التَّعْرِيفَ وَاجِبٌ عَلَى مَنْ أَرَادَ تَمْلُكَهَا ، فَكَذَلِكَ عَلَى مَنْ أَرَادَ حِفْظَهَا ، فَإِنَّ التَّمْلُكَ ^(٥) غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَا تَجِبُ الْوَسِيلَةُ إِلَيْهِ ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الْوُجُوبُ فِي الْمَحَلِّ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ، لِصَيَانَتِهَا عَنِ الضَّيَاعِ عَنْ صَاحِبِهَا ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي مَحَلِّ التَّرَاعُ .

(١) تقدم تخريج حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ١٦٢/٣ ، ١٦٦ . ومسلم ، في : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥٠/٣ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٥/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ . وابن ماجه ، في : باب اللقطة ؛ من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ١٢٦/٥ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(٣) في م : العريف .

(٤) في أ ، ب ، م : وأخذه .

(٥) في م : التملك .

/ الفصل الثاني : في قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةً . رَوَى ذلك عن عَمْرٍ ، وعلى ، و
 وابن عَبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِيُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ
 الرَّأْيِ . وَرَوَى عن عَمْرٍ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُعْرِفُهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . وعنه ثَلَاثَةُ أَغْوَامٍ ،
 لِأَنَّ أَبِي بَنٍ كَتَبَ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِ مِائَةِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ . وقال
 أَبُو أَيُّوبَ الهاشِمِيُّ : مَا دُونَ الْخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعْرِفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ . وقال
 الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ : مَا دُونَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ يُعْرِفُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . وقال الثَّوْرِيُّ فِي
 الدَّرْهِمِ : يُعْرِفُهُ أَرْبَعَةُ أَيَّامٍ . وقال إِسْحَاقُ : مَا دُونَ الدِّينَارِ يُعْرِفُهُ جُمُعَةٌ أَوْ نَحْوُهَا .
 وَرَوَى أَبُو إِسْحَاقَ الْجَوَزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ
 ﷺ : « مَنْ التَّقَطَّ دِرْهَمًا ، أَوْ خَيْلًا ، أَوْ شِبْهَ ذَلِكَ ، فَلْيُعْرِفْهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ
 فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعْرِفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ » ^(٦) . ولنا : حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الصَّحَّاحِ ، فَإِنَّ
 النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِعَامٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا الْقَوَائِلُ ، وَيَمُضِي فِيهَا الزَّمَانُ
 الَّذِي تُقْصَدُ فِيهِ الْبِلَادُ ، مِنَ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْإِغْتِلَالِ ، فَصَلَحَتْ قَدْرًا كَمُلَّةٍ أَجَلَ
 الْعَيْنِ ^(٧) . وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي ، فَقَدْ قَالَ الرَّائِي : لَا أَذْرى ثَلَاثَةَ أَغْوَامٍ أَوْ عَامٍ وَاحِدٍ .
 قَالَ أَبُو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّائِي فِي ذَلِكَ . وَحَدِيثُ يَعْلَى لَمْ يَقُلْ بِهِ قَائِلٌ عَلَى وَجْهِهِ ،
 وَحَدِيثُ زَيْدٍ وَأَبِي أَصَحُّ مِنْهُ وَأَوَّلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَذِهِ السَّنَةُ
 تَلِيَّ الْإِلْتِقَاطِ ، وَتَكُونُ مُتَوَالِيَةً فِي نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا حِينَ سُئِلَ عَنْهَا ،
 وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْفَوْرَ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالتَّعْرِيفِ وَصُولُ الْخَبَرِ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَذَلِكَ
 يَحْصُلُ بِالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضِيَاعِهَا مُتَوَالِيًا ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهَا فِي الْغَالِبِ إِنَّمَا يَتَوَقَّعُهَا وَيَطْلُبُهَا
 عَقِيبَ ضِيَاعِهَا ، فَيَجِبُ تَحْصِيصُ التَّعْرِيفِ بِهِ .

(٦) انظر : مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٧٣/٤ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي قَلِيلِ اللَّفْظَةِ ، مِنْ كِتَابِ
 اللَّفْظَةِ . الْمُسْنَدُ الْكَبِيرُ ١٩٥/٦ . وَالْهَيْثَمِيُّ ، فِي : بَابِ اللَّفْظَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . جَمْعُ الزَّوَائِدِ ١٦٩/٤ .
 وَابْنُ حَجَرٍ ، فِي جَمْعِ الزَّوَائِدِ ٧٤/٣ . وَكُلُّ ذَلِكَ عَنْ يَعْلَى بْنِ مَرَّةَ ، وَلَيْسَ يَعْلَى بْنُ أُمَيَّةَ .
 (٧) فِي م : الْعَيْنُ ٤ .

الفصل الثالث : في زَمَانِهِ ، وهو التَّهَارُ دون اللَّيْلِ ؛ لِأَنَّ التَّهَارَ مَجْمَعُ النَّاسِ وَمُلْتَقَاهُمْ دُونَ اللَّيْلِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي وَجَدَهَا ، وَالْأُسْبُوعُ أَكْثَرُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَبَ فِيهِ أَكْثَرُ ، وَلَا يَجِبُ فِيمَا بَعْدَ ذَلِكَ مُتَوَالِيًا . وَقَدَرَوِي الْجُورَ جَانِبِي بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ زَيْدِ الْجُهَنِيِّ ، قَالَ : تَرَلْنَا مَنَاحَ رَكْبٍ ، فَوَجَدْتُ / خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائَةِ دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إِلَى عَمْرِ ، فَقَالَ : عَرَفْتُهَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ ، ثُمَّ أَمْسِكُهَا حَتَّى قَرَنَ السَّنَةُ ، وَلَا يَقْدُ مِنْ رَكْبٍ إِلَّا تَشَدَّثَهَا ، وَقُلْتُ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثُمَّ شَأْنُكَ بِهَا^(٨) .

الفصل الرابع : في مَكَانِهِ ، وهو الْأَسْوَاقُ ، وَأَبْوَابُ الْمَسَاجِدِ وَالْجَوَامِعِ ، فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَجْتَمِعُونَ فِيهِ ، كَأَذْبَارِ الصَّلَوَاتِ فِي الْمَسَاجِدِ ، وَكَذَلِكَ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِشَاعَةَ ذِكْرِهَا ، وَإِظْهَارَهَا ، لِيُظْهَرَ عَلَيْهَا صَاحِبُهَا ، فَيَجِبُ تَحَرُّيْ جَمَاعِ النَّاسِ ، وَلَا يَنْشِدُهَا فِي الْمَسْجِدِ ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ لَمْ يَتَّيْنْ لِهَذَا . وَقَدَرَوِي أَبُو هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تَبْنَ لَهُذَا »^(٩) . وَأَمَرَ عُمَرُ وَاجِدَ اللَّقْطَةِ بِتَعْرِيفِهَا^(١٠) عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في اللقطة ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . واليبقي ، في : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٣/٦ .

(٩) أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن نشد الضالة ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ١/٣٩٧ . وأبو داود ، في : باب كراهية إنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/١١١ . والترمذي ، في : باب النهي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/٦١ ، وابن ماجه ، في : باب النهي عن إنشاد الضوال في المسجد ، من كتاب المساجد . سنن ابن ماجه ١/٣٥٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٢٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣٤٩ ، ٤٢٠ .

(١٠) في م : « تعريفها » .

الفصل الخامس : فيمن يتولاه ، وللملتقط أن يتولّى ذلك بنفسه ، وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرّعا بذلك ، وإلا إن احتاج إلى أجر ، فهو على الملتقط . وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي . واختار أبو الخطاب ، أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تمليكها ، رجع بالأجر على مالكها . وكذلك قال ابن عقيل ، فيما لا يملك بالتعريف ؛ لأنه من مؤنة إيصالها إلى صاحبها ، فكان على مالكها ، كأجر مخزنها ورعيها وتنجيفها . ولنا ، أن هذا أجر واجب على المعروف ، فكان عليه ، كما لو قصد تمليكها ، ولأنه لو وليه بنفسه ، لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء ، ولأنه سبب لتمليكها^(١١) ، فكان على الملتقط ، كما لو قصد تمليكها . وقال مالك : إن أعطى منها شيئا لمن عرفها ، فلا غرم عليه ، كما لو دفع منها شيئا لمن حفظها^(١٢) . وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

الفصل السادس : في كيفية التعريف ، وهو أن يذكر جنسها^(١٣) لا غير^(١٤) ، فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب . ونحو ذلك ؛ لقول عمر ، رضي الله عنه ، لو أجد الذهب : [قل : الذهب] بطريق الشام . ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمّعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها ، لمشاركة غير المالك في ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع / صفتها^(١٥) ، ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها ، فيأخذها وهو لا يملكها ، فتضيع على مالكها .

فصل : لم يفرق الخرق بين يسير اللقطة وكثيرها . وهو ظاهر المذهب ، إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس ، كالثمرة والكسرة والخزقة ، وما لا خطر له ، فإنه لا بأس بأخذه والاتفا ع به من غير تعريف ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد الثمرة

(١١) في م : للملكها .

(١٢) في م : جفها .

(١٣ - ١٤) سقط من الأصل .

(١٤) في م زيادة : من سمع .

حَيْثُ أَكَلَهَا ، بَلْ قَالَ لَهُ : « لَوْلَمْ تَأْتِهَا لِأَنْتُكَ »^(١٥) . وَرَأَى النَّبِيُّ ﷺ ثَمَرَةً فَقَالَ : « لَوْلَا أَنِّي أَخَشَى أَنْ تُكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُهَا »^(١٦) . وَلَا تَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي ابْتِاحَةِ اخْتِذِ الْيَسِيرِ وَالْإِتْقَانِ بِهِ^(١٧) ، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمْرِو ، وَعَائِشَةَ ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَطَاوُسٌ ، وَالتَّحْفِيُّ ، وَبَحْيُ بْنُ أَبِي كَثِيرٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَيْسَ عَنْ أَحْمَدَ وَأَكْثَرِ مَنْ ذَكَرْنَا تَخْدِيدُ الْيَسِيرِ الَّذِي يُنَاحُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ تَعْرِيفُ مَا لَا يُقْطَعُ بِهِ السَّارِقُ ، وَهُوَ رُبْعُ دِينَارٍ عِنْدَ مَالِكٍ ، وَعَشْرَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ تَأْفَهُ ، فَلَا يَجِبُ تَعْرِيفُهُ ، كَالْكِسْرَةِ وَالثَّمَرَةِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ تَأْفَهُ قَوْلُ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : كَانُوا لَا يَقْطَعُونَ فِي الشَّيْءِ التَّأْفَهُ . وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ وَجَدَ دِينَارًا فَتَصَرَّفَ فِيهِ^(١٨) . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، عَنْ سَلَمَى بِنْتِ كَعْبٍ ، قَالَتْ : وَجَدْتُ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ ، فِي طَرِيقِ مَكَّةَ ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْهُ ، فَقَالَتْ : تَمَتَّعِي بِهِ^(١٩) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٢٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : رَخَّصَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْعَصَا وَالسُّوْطِ وَالْحَبْلِ وَأَشْبَاهِهِ ، يَلْتَقِطُهُ الرَّجُلُ يَتَتَبَعُهُ بِهِ . وَالْحَبْلُ قَدْ يَكُونُ قِيَمَتُهُ دَرَاهِمَ . وَعَنْ ابْنِ مَاجَهَ^(٢١) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ سُؤَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ ، قَالَ : خَرَجْتُ مَعَ سَلَمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ صُوحَانَ ، حَتَّى إِذَا كُنَّا بِالْعُدَيْبِ ، اتَّفَقْتُ

(١٥) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٦) تقدم تخريجها في : ١١٦/٤ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٨/١ .

(١٩) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب في اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٢٠) في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ .

(٢١) في : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى

. ١٤١/٦

سَوَاطًا ، فَقَالَ لِي : أَلْقِهِ . فَأُتِيتُ ، فَلَمَّا ^(٢٢) قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أُمِّيَ بْنَ كَعْبٍ ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ : أَصَبْتَ . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ ^(٢٣) ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ كَالْمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . وَلَنَا ، عَلَى إِبْطَالِ تَحْدِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ ، أَنَّ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ عَامٌّ فِي كُلِّ لَفْظَةٍ ، فَيَجِبُ إِبْقَاؤُهُ عَلَى عُمُومِهِ ، إِلَّا مَا خَرَجَ مِنْهُ بِالذَّلِيلِ / ، وَلَمْ يَرِدْ بِمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى مَا وَرَدَ النَّصُّ بِهِ . وَلِأَنَّ التَّحْدِيدَ وَالتَّقْدِيرَ لَا يُعْرَفُ بِالْقِيَاسِ ، وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ مِنْ نَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ ، وَلَيْسَ فِيمَا ذَكَرُوهُ نَصٌّ وَلَا إِجْمَاعٌ . وَأَمَّا حَدِيثُ عَلِيٍّ ، فَهُوَ ضَعِيفٌ ، رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ : طَرَفُهُ كُلُّهَا مُضْطَرِبَةٌ . ثُمَّ هُوَ مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِمْ وَلِسَائِرِ الْمَذَاهِبِ ، فَتَعَيَّنَ حَمْلُهُ عَلَى وَجْهِ مِنْ الْوُجُوهِ غَيْرِ اللَّفْظَةِ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَحَدِيثُ عَائِشَةَ قَضِيَّةٌ فِي غَيْرِهَا ، لَا يُدْرَى كَمْ قُدِّرَ الْخَاتَمُ ، ثُمَّ هُوَ قَوْلُ صَحَابِيٍّ ، وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عَلِيٍّ ^(٢٤) ، وَهُمْ لَا يَرَوْنَ ذَلِكَ حُجَّةً ، وَسَائِرُ الْأَحَادِيثِ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ ، لَكِنْ يُبَاحُ اخْتِذَا مَا ذَكَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَنَحْصٌ فِي اخْتِذِهِ مِنَ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَبْلِ ، ^(٢٥) وَمَا قِيمَتُهُ كَقِيَمَةِ ذَلِكَ ^(٢٦) . وَقُدِّرَ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ ^(٢٧) فِي كِتَابِهِ بِمَا دُونَ الْقِيَرِاطِ ، وَلَا يَصِحُّ تَحْدِيدُهُ لَمَّا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا اخْتَرْتُ التَّعْرِيفَ عَنِ الْخَوَلِ الْأَوَّلِ ، مَعَ امْتِنَانِهِ ، أَتَمَّ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ فِيهِ ، وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وَقَالَ فِي حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ جِمَارٍ : « لَا يَكْتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ » ^(٢٨) . وَلِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى أَنْ لَا يُعْرِفَهَا صَاحِبُهَا ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ بَعْدَ

(٢٢) في م : ٥ حتى ٤ .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) ٢٥ - ٢٥) في م : ٥ وما قيمة ذلك ٤ .

(٢٦) يعني ابن الجوزي عبد الرحمن بن علي ، المتوفى سنة سبع وتسعين ومحمسائة .

(٢٧) يأتي الحديث بنهاية في المسألة التالية ، ويذكر المصنف أن النسائي رواه ، وذلك في السنن الكبرى . انظر : =

الْحَوْلُ يَأْسُ مِنْهَا ، وَيَسْلُو عَنْهَا ، وَيَتْرَكَ طَلَبَهَا . وَيَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بِتَأْخِيرِهِ عَنِ الْحَوْلِ
 الْأَوَّلِ ، فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لَا تَحْصُلُ بَعْدَ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .
 وَإِنْ تَرَكَ فِي بَعْضِ الْحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَهُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ
 بِتَأْخِيرِهِ ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ ، فَلَا يَسْقُطُ بِتَأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ ، كَالْعِبَادَاتِ وَسَائِرِ
 الْوَاجِبَاتِ . وَلِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ عَلَى نَوْعِ ^(٢٩) مِنَ
 الْقُصُورِ ، فَيَجِبُ الْإِثْبَانُ بِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا
 اسْتَطَعْتُمْ » ^(٣٠) . فَعَلِيَ هَذَا إِنْ أَخَّرَ التَّعْرِيفَ بَعْضَ الْحَوْلِ ، أَتَى بِالتَّعْرِيفِ فِي بَقِيَّتِهِ ،
 وَأَثَمَهُ مِنَ الْحَوْلِ الثَّانِي . وَعَلَى كَلَا الْقَوْلَيْنِ ، لَا يَمْلِكُهَا بِالتَّعْرِيفِ ^(٣١) فِيمَا عدا ^(٣٢)
 الْحَوْلَ الْأَوَّلَ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْمِلْكِ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَهَلْ لَهُ أَنْ
 يَتَصَدَّقَ بِهَا أَوْ يَحْبِسَهَا ^(٣٣) عِنْدَهُ أَبَدًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْزَمَهُ دَفْعُهَا إِلَى
 الْحَاكِمِ ، كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا تَقَطَّعَ مَا ^(٣٤) لَا يَجُوزُ التَّقَاطُعُ . / وَلَوْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي بَعْضِ
 الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَمْلِكُهَا أَيْضًا بِالتَّعْرِيفِ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَكْمُلْ ، وَعَدَمُ
 بَعْضِ الشَّرْطِ كَعَدَمِ جَمِيعِهِ ، كَالْوَأْدِ أَوْ بَعْضِ الطَّهَارَةِ ، أَوْ بَعْضِ السُّتْرَةِ فِي
 الصَّلَاةِ .

و ١٨٥/٥

فصل : وَإِنْ تَرَكَ التَّعْرِيفَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يَتْرَكَهُ لِمَرَضٍ
 أَوْ حَبْسٍ أَوْ نِسْيَانٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَا لَوْ تَرَكَهُ مَعَ

= تحفة الأشراف ٢٥٠/٨ .

وَأُخْرَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : كِتَابِ اللَّفْظَةِ . مِثْنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٧/١ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ اللَّفْظَةِ ، مِنْ كِتَابِ
 اللَّفْظَةِ . مِثْنُ ابْنِ مَاجَهَ ٨٣٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

(٢٨) فِي م : لِتَأْخِيرِهِ .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : نَعْتٌ .

(٣٠) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٣١٥/١ .

(٣١ - ٣١) فِي الْأَصْلِ : فِي تَبَاعُدٍ .

(٣٢) فِي م : يَحْبِسُهُ .

(٣٣) فِي م : فِيمَا .

إمكانه ؛ لأنَّ تعرُّفه في الحَوْل سَبَبُ الْمَلِكِ ، وَالْحُكْمُ يَنْتَفِي لِإِثْقَاءِ سَبَبِهِ ، سِوَا أَنْتَفَى
لِعُذْرٍ أَوْ غَيْرِ عُذْرٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ يُعَرَّفُهُ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي ، وَيَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤَخَّرِ التَّعْرِيفُ
عَنْ وَقْتِ إِمْكَانِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ عَرَفَهُ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ .

٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرُ مَالِهِ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا عَرَفَ اللَّقْطَةَ حَوْلًا ، فَلَمْ تُعَرَفْ ، مَلَكَهَا مُلْتَقِطُهَا ، وَصَارَتْ مِنْ
مَالِهِ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ ، غَنِيًّا كَانَ الْمُلْتَقِطُ أَوْ فَقِيرًا . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو بْنِ
مَسْعُودٍ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ
الْمُنْذِرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحْمِي ، وَطَاوُسٌ ،
وَعِكْرَمَةُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ :
يَتَصَدَّقُ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا خَيْرُهُ بَيْنَ الْأَجْرِ وَالْقَرَمِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ اللَّقْطَةِ ، فَقَالَ : « عَرَفَهَا حَوْلًا » . وَرَوَى :
« ثَلَاثَةَ أَحْوَالٍ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ^(١) ، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ رَبُّهَا ، قَرَضَى
بِالْأَجْرِ ، وَإِلَّا غَرِمَهَا » ^(٢) . وَلِأَنَّهَا مَالٌ لِمَنْصُومٍ ، لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، وَلَا
وُجِدَ مِنْهُ سَبَبٌ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، فَلَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، كَغَيْرِهَا . قَالُوا : وَلَيْسَ لَهُ أَنْ
يَتَمَلَّكَهَا ، إِلَّا أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ : لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ فَقِيرًا مِنْ غَيْرِ ذَوِي الْقُرْبَى ؛ لِمَا رَوَى
عِيَّاضُ بْنُ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ لُقْطَةً فَلْيَشْهَدْ عَلَيْهَا ذَا
عَدْلٍ ، وَلَا يَكْتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ ، فَإِنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ
مَنْ يَشَاءُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٣) . قَالُوا : وَمَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، إِذَا تَمَلَّكَهُ مَنْ
يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . وَنَقَلَ حَتِيبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ مِثْلَ هَذَا الْقَوْلِ . وَاتَّكَرَّ الْحَلَّالُ ، وَقَالَ :

(١) فِي الْأَصْلِ : « صَاحِبُهَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي كِتَابِ الرِّضَاعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١٨٢/٤ . وَانْظُرْ : مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ

١٣٨/١٠ ، ١٣٩ ، وَمُصَنَّفُ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ٤٥٢/٦ .

(٣) تَقْدِيمُ تَحْرِيْجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٧ .

ليس هذا مذهبا لأحمد . ولنا ، قول النبي ﷺ ، في حديث زيد بن خالد^(٤) : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ ، / فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « وَالْأَفْهَى كَسْبِيلُ مَالِكَ » . وفي لَفِظٍ : « ثُمَّ كُلُّهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَاتَّبِعْ بِهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَشَأْنُكَ بِهَا » . وفي حديث أبي ابن كعب^(٥) : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفي لَفِظٍ : « فَاسْتَنْفِقْ بِهَا » . وهو حديث صحيح^(٦) . ولأن من مَلَكَ بِالْقَرْضِ^(٧) مَلَكَ بِاللُّقْطَةِ كَالْفَقِيرِ ، ومن جاز له الِاتِّقَاطُ مَلَكَ بِهِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، كَالْفَقِيرِ . وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت ، ولا نُقِلَ في كتاب يُوثَقُ بِهِ . ودَعَوَاهُمْ فِي حَدِيثِ عِيَاضٍ أَنْ مَا يُضَافُ إِلَى اللَّهِ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . لَا يَرَاهَا لَهَا ، وَلَا دَلِيلَ عَلَيْهَا ، وَيُطْلَأُ ظَاهِرُهَا ، فَإِنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تُضَافُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى خَلْقًا وَمِلْكًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَاكُمْ ﴾^(٨) .

فصل : وَتَدْخُلُ اللَّقْطَةُ فِي مِلْكِهِ عِنْدَ تَمَامِ التَّعْرِيفِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْجَرَقِيِّ ؛ لقوله : « وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ » . وَكَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ : إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْحَطَّابِ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى يَخْتَارَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ كَقَوْلِنَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِالنِّسْبَةِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : يَمْلِكُهَا بِقَوْلِهِ : اخْتَرْتُ تَمْلِكُهَا . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِقَوْلِهِ ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا تَمْلِكٌ^(٩) بِعَوَضٍ ؛ فَلَمْ يَحْصُلْ إِلَّا بِاخْتِيَارِ الْمُتَمَلِّكِ ، كَالشِّرَاءِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِذَا جَاءَ

(٤) تقدم تخرجه حديثه في صفحة ٢٩٠ .

(٥) تقدم تخرجه حديثه في صفحة ٢٩٢ .

(٦) انظر لمواضع هذه الألفاظ : إرواء الغليل ٢١/٦ ، ٢٢ .

(٧) في الأصل : « بِالْقَرْضِ » .

(٨) سورة النور ٣٣ .

(٩) في م : « تَمْلِكُ » .

صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى كَسَبِيلِ مَالِكَ » . وقوله : « فَاسْتَنْفَقَهَا » . وَلَوْ وَقَفَ مِلْكُهَا عَلَى تَمْلِكِهَا لَبَيَّتْهُ لَهُ ، وَلَمْ يُجَوِّزْ لَهُ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ . وَفِي لَفِظٍ : « فَهِيَ لَكَ » . وَفِي لَفِظٍ : « كُلُّهَا » . وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ كُلُّهَا تَدُلُّ عَلَى مَا قُلْنَا . وَلِأَنَّ الْأَلْفَاظَ وَالتَّعْرِيفَ سَبَبٌ لِلتَّمْلِكِ ^(١٠) ، فَإِذَا تَمَّ وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ الْمِلْكُ حُكْمًا ، كَالِإِحْيَاءِ وَالِاصْطِلَاحِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ يَمْلِكُ بِهِ ، فَلَمْ يَقِفِ الْمِلْكُ بَعْدَهُ عَلَى قَوْلِهِ ، وَلَا اخْتِيَارِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُكْلَفَ لَيْسَ إِلَيْهِ إِلَّا مَبَاشَرَةُ الْأَسْبَابِ ، فَإِذَا أَتَى بِهَا ، ثَبَتَ الْحُكْمُ فَهَرَأَ وَجَبَرَأَمِنْ اللَّهِ تَعَالَى ، غَيْرَ مُوقُوفٍ عَلَى اخْتِيَارِ الْمُكْلَفِ . وَأَمَّا الْاِقْتِرَاضُ فَهُوَ السَّبَبُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ بِدُونِهِ .

فصل : فَإِنْ انْقَطَعَا اثْنَانِ ، فَعَرَّفَاهَا حَوْلًا ، مَلَكَاهَا جَمِيعًا . وَإِنْ قُلْنَا بِوُقُوفِ الْمِلْكِ عَلَى الْاِخْتِيَارِ ، فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، مَلَكَ الْمُخْتَارُ نِصْفَهَا دُونَ الْآخَرِ . وَإِنْ رَأَيَاهَا مَعًا ، فَبَادَرَ أَحَدُهُمَا فَاتَّخَذَهَا ، أَوْ رَأَاهَا أَحَدُهُمَا ، فَأَعْلَمَ بِهَا صَاحِبَهُ ، فَاتَّخَذَهَا ، / فَهِيَ لَا يَخِذُهَا ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ اللَّقْطَةِ بِالْأَخِذِ لَا بِالرُّؤْيَةِ ، كَالِاصْطِلَاحِ . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ : هَاتِبَهَا . فَاتَّخَذَهَا ، نَظَرْتُ فِي نَيْتِهِ ؛ فَإِنْ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ ، فَهِيَ لَهُ دُونَ الْآخَرِ ^(١١) ، وَإِنْ أَخَذَهَا لِلْآخَرِ ، فَهِيَ لَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الْاِصْطِلَاحِ لَهُ .

فصل : وَتَمْلِكُ اللَّقْطَةُ مِلْكًا مُرَاعَى ، يَزُولُ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، وَيَضْمَنُ لَهُ بَدْلُهَا إِنْ تَعَدَّرَ رَدُّهَا . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يَتَجَدَّدُ وَجُوبُ الْعَوَضِ بِمَجِيءِ صَاحِبِهَا ، كَمَا يَتَجَدَّدُ زَوَالُ الْمِلْكِ عَنْهَا بِمَجِيئِهِ ، وَكَأَيَّ تَجَدُّدٍ وَجُوبٍ ^(١٢) نِصْفِ الصَّدَاقِ لِلزَّوْجِ ، أَوْ بَدْلِهِ إِنْ تَعَدَّرَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِيهِ بِالطَّلَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يَمْلِكُهَا إِلَّا بِعَوَضٍ يَثْبُتُ فِي

(١٠) فِي م : « التَّمْلِكِ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « الْآخَرِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ذِمَّتِهِ لِصَاحِبِهَا . وهذا قول القاضى وأصحابه ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَرْضَ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . فَجَعَلَهَا مِنَ الْمُبَاحَاتِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَمْ يُعْزَلْ مِنْ تَرْكِتِهِ بِدَلِّهَا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الزَّكَاةِ بِسَبَبِ الْفَرَمِ ، وَلَا ^(١٣) يَلْزَمُهُ أَنْ يُوصَى بِهِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِ الدَّيْنِ ، وَلَا يَثْبُتُ شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الدَّيْنِ فِي حَقِّهِ ، وَائْتِفَاءُ أَحْكَامِهِ دَلِيلٌ عَلَى ائْتِفَائِهِ . وَقَالَ الْقَاضَى : يَمْتَنِعُ ذَلِكَ وَجُوبُ الزَّكَاةِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهَا بِعَوَضٍ لَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهَا بِمَجِئِ ^(١٤) صَاحِبِهَا ، وَلَوْ وَقَفَ مِلْكُهُ لَهَا عَلَى رِضَاهَا بِالْمُعَاوَضَةِ وَاخْتِيَارِهِ لِأَحَدِهِمَا ^(١٥) كَالْقَرْضِ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ صَاحِبُهَا الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ مَجِئِهِ ، بِشَرْطِ تَلَفُّهَا ، فَإِنَّهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً لِأَخْذِهَا ، وَلَمْ يَسْتَحِقُّ لَهَا بِدَلًّا . وَإِنْ كَانَتْ تَالِفَةً تَجِدُّدُ لَهُ مِلْكُ الْمُطَالَبَةِ بِبَدْلِهَا ، كَمَا يَجِدُّدُ لَهُ الْمَلِكُ فِيهَا لَوْ كَانَتْ مَوْجُودَةً ، وَكَمَا يَجِدُّدُ لَهُ الْمَلِكُ فِي نَصْفِ الصَّدَاقِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَفِي بَدْلِهِ إِنْ كَانَ مَعْدُومًا . وَهَذَا أَشْبَهَ بِمَسَائِلِنَا ، وَبِهِ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ . وَأَمَّا الْقَرْضُ ، فَإِنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ بَدْلُهُ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَعُدْ الْمَلِكُ لَهُ فِي الْمُقْرَضِ ^(١٦) إِلَّا بِرِضَاءِ الْمُقْرَضِ وَاخْتِيَارِهِ .

فصل : وكل ما جاز النفاطه ، مُلِكُ بالتعريف عند تمامه ، أثمًا كانت أو غيرها . هذا ظاهر ^(١٧) كلام الخِرَقِي ، فَإِنْ لَفْظُهُ عَامٌّ فِي كُلِّ لَفْظٍ . وَقَدْ نُقِلَ ذَلِكَ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّ مُحَمَّدَ بْنَ الْحَكَمِ هَذَا رَوَى عَنْهُ فِي الصِّيَادِ يَقَعُ فِي شَيْصِهِ / الْكَيْسُ أَوْ النَّحَاسُ : يُعَرِّفُهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ كَسَائِرِ مَالِهِ . وَهَذَا نَصٌّ فِي النَّحَاسِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّهُ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « مَجِئِهِ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « الْقَرْضُ » .

(١٧) سَقَطَ مِنْ : م .

ابن أن موسى : هل حُكِمَ العَرُوضُ في التَّعْرِيفِ ، وَجَوَّازِ التَّصَرُّفِ فيها بعد ذلك ، حُكِمَ الأَثْمَانِ ؟ على رَوَاتَيْنِ ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهَا كالأَثْمَانِ ، وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ فَرْقًا بَيْنَ الأَثْمَانِ وَالْعَرُوضِ في ذلك . وقال أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لَا تُثَمِّلُكَ الْعَرُوضُ بِالتَّعْرِيفِ . قال القاضي : نَصُّ أَحْمَدَ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَصْنَعُ بِهَا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ : يُعْرِفُهَا أَبَدًا . وقال القاضي : هُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُعَيِّمَ عَلَى تَعْرِيفِهَا حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهَا ، وَبَيْنَ دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ لِيَرَى رَأْيَهُ فِيهَا . وَهَلْ لَهُ يَتِيمُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، وَيَتَصَدَّقُ بِهَا ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ، وَقَالَ الْحَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُعْرِفُهَا سَنَةً ، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ ، وَالَّذِي ثَقُلَ أَنَّهُ يُعْرِفُ أَبَدًا قَوْلَ قَدِيمٍ ، رَجَعَ عَنْهُ . وَاخْتَجُّوا بِمَارُوِيٍّ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، مِثْلَ قَوْلِهِمْ ، وَلَا تَأْتِي لِقِطَّةٌ لِأَثْمَلِكَ فِي الْحَرَمِ ، فَلَا تُثَمِّلُكَ فِي غَيْرِهِ كَالْإِبِلِ ، وَلَأَنَّ الْخَبَرَ وَرَدَ فِي الأَثْمَانِ ، وَغَيْرِهَا لَا يُسَاوِيهَا ؛ لِعَدَمِ الْغَرَضِ الْمُتَعَلِّقِ بِعَيْنِهَا ، فَمِثْلُهَا يَقُومُ مَقَامَهَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ فِي اللَّقِطَةِ جَمِيعِهَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَأَلَ عَنْ اللَّقِطَةِ ، فَقَالَ : « عَرَفُهَا سَنَةً » ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ : « فَاتَّقِ بِهَا ، أَوْ فَتَشَأْنُكَ بِهَا » . وَفِي حَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ جِمَارٍ : « مَنْ وَجَدَ لِقِطَّةً » . وَهُوَ لَفْظٌ عَامٌّ . وَرَوَى الْجَوْزَجَانِيُّ ، وَالْأَثْرُمُ فِي « كِتَابَيْهِمَا » ، قَالَ : حَدَّثَنَا أَبُو نُعَيْمٍ ، ثَنَا هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ ، قَالَ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، كَيْفَ تَرَى فِي مَنَاعِ يُوجَدُ فِي الطَّرِيقِ الْمَيْتَاءِ ^(١٨) ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ فَقَالَ : « عَرَفُهَا سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَإِلَّا فَتَشَأْنُكَ بِهِ » ^(١٩) . وَرَوَى أَنَّ سُفْيَانَ بْنَ عَيْدٍ ، وَجَدَ عَيْبَةً ^(٢٠) فَأَتَى بِهَا عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَقَالَ : عَرَفُهَا سَنَةً ، فَإِنْ عَرَفْتَ ، وَإِلَّا فَهِيَ لَكَ . زَادَ الْجَوْزَجَانِيُّ : فَلَمْ تُعْرِفْ ، فَلَقِيَهُ ^(٢١) بِهَا الْعَامُ الْمُقْبِلُ ،

(١٨) الميئاء : الأرض السهلة .

(١٩) أخرجه النسائي ، في : باب المعدن ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٣٣/٥ . والدارقطني ، في : باب في المرأة

تقتل إذا ارتدت ، من كتاب الأقضية والأحكام . سنن الدارقطني ٢٣٦/٤ .

(٢٠) العيبة : وعاء من خوص ونحوه ، أو وعاء من آدم ونحوه يكون فيه المناع .

(٢١) سقط من : م .

فَذَكَرْهَا لَهُ ، فَقَالَ عُمَرُ : هِيَ لَكَ ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ . وَرَوَاهُ النَّسَائِيُّ
كَذَلِكَ^(٢٢) . وَهَذَا نَصٌّ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ الْحُرِّ بْنِ
الصَّبَّاحِ^(٢٣) قَالَ : كُنْتُ عِنْدَ / ابْنِ عُمَرَ بِمَكَّةَ ، إِذْ جَاءَهُ رَجُلٌ . فَقَالَ : إِنِّي وَجَدْتُ
هَذَا الْبَرْدَ ، وَقَدْ تَشَدَّدَتْهُ وَعَرَّقَتْهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ أَحَدٌ ، وَهَذَا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، وَيَوْمُ يَتَفَرَّقُ النَّاسُ .
فَقَالَ : إِنْ شِئْتَ قَوْمَتُهُ قِيمَةً عَدْلٍ ، وَلَيْسَتْهُ ، وَكُنْتُ لَهُ ضَامِنًا ، مَتَى جَاءَكَ صَاحِبُهُ
دَفَعْتُ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجِءْ لَهُ طَالِبٌ فَهُوَ لَكَ إِنْ شِئْتَ . وَلَأَنْ مَا جَازَ التَّقَاطُطُ مُلْكُكَ
بِالتَّعْرِيفِ ، كَالْأَثْمَانِ ، وَمَا حَكَمَهُ عَنِ الصَّحَابَةِ إِنْ صَحَّ ، فَقَدْ حَكَمْنَا عَنْ عَمْرِو بْنِ
خِلَافِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا لِقُطْعَةٌ لَا تُمْلِكُ فِي الْحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ هُوَ مَنْقُوضٌ بِالْأَثْمَانِ ،
وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْإِبِلِ ، لِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرْدُ الْمَاءِ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ،
حَتَّى يَأْتِيَهَا رَبُّهَا ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُهَا ، فَلَا تُمْلِكُ
بِهِ ، وَهِيَ تَجُوزُ التَّقَاطُطُهَا ، فَتُمْلِكُ بِهِ ، كَالْأَثْمَانِ . ثُمَّ إِذَا لَمْ تُمْلِكْ فِي الْحَرَمِ ، لَا
تُمْلِكُ فِي الْحِلِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَرَمَ مُبَيَّنٌّ بِكُونِ لُقُطَّتِهِ لَا يَلْتَقِطُهَا إِلَّا مُتَشَدِّدٌ ، وَهَذَا لَمْ تُمْلِكْ
الْأَثْمَانُ بِالتَّقَاطُطِ فِيهِ ، فَلَا يَلْزَمُ أَنْ لَا^(٢٤) تُمْلِكْ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يُوجَدْ الْمَانِعُ فِيهِ .
وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّصَّ خَاصٌّ فِي الْأَثْمَانِ . قُلْنَا : بَلْ هُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ لُقُطَةٍ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ
بِعُمُومِهِ ، وَإِنْ وَرَدَ فِيهَا نَصٌّ خَاصٌّ ، فَقَدْ رَوَى خَبَرٌ عَامٌّ ، فَيُعْمَلُ بِهِمَا ، ثُمَّ قَدْ رَوَيْنَا
نَصًّا خَاصًّا فِي الْعُرُوضِ ، فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ ، كَمَا وَجِبَ الْعَمَلُ بِالْخَاصِّ فِي الْأَثْمَانِ ، ثُمَّ

(٢٢) فِي م : « أَيْضًا » .

وَلَعَلَّ هَذَا فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى .

كَأَخْرَجَهُ الطَّحَاوِيُّ ، فِي : بَابِ اللَّقْطَةِ وَالضُّوَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ . شَرْحُ مَعَانِي الْأَثَارِ ١٣٧/٤ ،

١٣٨ .

(٢٣) فِي النِّسْخِ : « الصَّبَّاحُ » . وَالتَّصْوِيبُ مِنَ الْمُشْتَبِهِ ٤٠٦ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

لو اخْتَصَّ الْخَبْرُ بِالْأَثْمَانِ ، لَوَجِبَ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهَا ، كَسَائِرِ التَّصَوُّصِ
الَّتِي عُقِلَ مَعْنَاهَا وَوُجِدَ فِي غَيْرِهَا ، وَهُنَا قَدْ وَجِدَ الْمَعْنَى ، فَجِبِبَ قِيَاسُهُ عَلَى
الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، أَوْ نَقُولُ : إِنْ الْمَعْنَى هُنَا آكَدُ ، فَيُبَيِّنُ الْحُكْمَ فِيهِ بِطَرِيقِ التَّيْبِيهِ .
وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْأَثْمَانَ لَا تَتَلَفُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَيْهَا ، وَاتِّظَارِ صَاحِبِهَا بِهَا أَبَدًا ، وَالْعُرُوضُ
تَتَلَفُ بِذَلِكَ ، فَفِي التَّدَاءِ عَلَيْهَا دَائِمًا هَلَاكُهَا ، وَضَيَاغُ مَالِئِهَا عَلَى صَاحِبِهَا ،
وَمُلْتَقِطُهَا ، وَسَائِرِ النَّاسِ ، فِي (٢٥) إِبَاحَةِ الْإِتِّفَاعِ بِهَا وَمِلْكِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، حِفْظًا
لِمَالِئِهَا عَلَى صَاحِبِهَا بِدَفْعِ قِيَمَتِهَا إِلَيْهِ (٢٦) ، وَتَقَعُ لغيره ، فَجِبِبَ ذَلِكَ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ
عَنِ إِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَلِمَا فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ وَالْحِفْظِ (٢٧) لِمَالِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى أَحِبِّهِ ،
وَلَأَنَّ فِي إثْبَاتِ الْمِلْكِ فِيهَا حَاجَةً عَلَى التَّقَاطُفِ وَحِفْظِهَا وَتَعْرِيفِهَا ، لِكُونِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمِلْكِ
الْمَقْصُودِ لِلْآدَمِيِّ ، وَفِي نَهْيِ مِلْكِهَا تَضْيِيعُهَا ، لِمَا فِي التَّقَاطُفِ مِنَ الْخَطَرِ
وَالْمَشَقَّةِ (٢٨) وَالْكَفْلَةِ / مِنْ غَيْرِ نَفْعٍ يَصِلُ إِلَيْهِ ، فَيُؤَدَّى إِلَى أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا أَحَدٌ لِتَعْرِيفِهَا ١٨٧/٥ ط
قَضِيْعٍ . وَمَا ذَكَرُوهُ فِي الْفَرْقِ مُلْفًى بِالشَّاءِ ، فَقَدْ ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهَا مَعَ هَذَا الْفَرْقِ ، ثُمَّ
يُمْكِنُنَا أَنْ نَقِيَسَ عَلَى الشَّاءِ ، فَلَا يَخْصُلُ هَذَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
ثُمَّ نَقْلِبُ (٢٩) دَلِيلَهُمْ ، فنَقُولُ : لِقُطَّةٌ لَا تَمْلِكُ فِي الْحَرَمِ ، فَمَا أَيْبَحَ التَّقَاطُفُ مِنْهَا مِلْكُ
إِذَا كَانَ فِي الْحِلِّ ، كَالِإِبِلِ .

فصل : وظاهر كلام أحمد والخِرَقِيُّ ، أَنَّ لِقُطَّةَ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ . وَرَوَى ذَلِكَ
عَنْ ابْنِ عُمرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَابْنِ
حَنِيفَةَ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّقَاطُفُ لِقُطَّةِ الْحَرَمِ لِلتَّمْلِكِ ، وَإِنَّمَا

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : ١٠ وَفِي ١١ .

(٢٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٧) فِي م : ١٠ وَالْحِفْظُ ١١ .

(٢٨) فِي م : ١٠ وَالْفَقَّةُ ١١ .

(٢٩) فِي م : ١٠ قَلْبُ ١١ .

يَجُوزُ لِحِفْظِهَا^(٣٠) لِصَاحِبِهَا ، فَإِنْ تَقَطَّعَتْ عَرَفُهَا أَبَدًا حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَالْحُجَّةُ لِهَذَا الْقَوْلِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي مَكَّةَ : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣١) . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٣٢) : الْمُنْشِدُ الْمَعْرُوفُ ، وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ . وَيَنْشُدُ :

إِصَاحَةُ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ

فَيَكُونُ مَعْنَاهُ لَا تَحِلُّ لِقِطْعَةِ مَكَّةَ إِلَّا لِمَنْ يُعْرِفُهَا ؛ لِأَنَّهَا خُصِّصَتْ بِهَذَا مِنْ سَائِرِ الْبُلْدَانِ . وَرَوَى يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ ، فِي « مُسْنَدِهِ »^(٣٣) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُثْمَانَ التَّيْمِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ لِقْطَةِ الْحَاجِّ . قَالَ ابْنُ وَهْبٍ : يَعْنِي يَتْرُكُهَا حَتَّى يَجِدَهَا صَاحِبَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣٤) أَيْضًا . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ، وَأَنَّهُ أَخَذَ الْحَرَمَيْنِ ، فَأَشْبَهَ حَرَمَ الْمَدِينَةِ ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فَلَمْ يَخْتَلِفْ حُكْمُهَا بِالْجِلِّ وَالْحَرَمِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِلَّا لِمَنْ عَرَفَهَا عَامًّا ،

(٣٠) فِي م : « حِفْظُهَا » .

(٣١) أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفَ تَعْرِفُ لِقْطَةَ أَهْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ ، وَفِي : بَابِ وَقَالَ اللَّيْثُ حَدَّثَنِي يُونُسُ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلَ فَهُوَ يَخْرِقُ النَّظَرَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبَخَارِيِّ ١٦٤/٣ ، ١٦٥ ، ١٩٤/٥ ، ٦/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ مَكَّةَ وَصَيْدِهَا وَخِلَافِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ حَرَمِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٦٥/١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ أَنْ يَنْفِرَ صَيْدَ الْحَرَمِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمَجْتَبِيُّ ١٦٦/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ فَضْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ١٠٣٨/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنْ لِقْطَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٢٦٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣١٨/١ ، ٣٤٨ ، ٢٣٨/٢ .

(٣٢) فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ١٣٣/٢

(٣٣) يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ السُّدُوسِيُّ الْبَصْرِيُّ الْحَافِظُ ، صَاحِبُ الْمُسْنَدِ الْمَعْلُولِ ، تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَسِتِينَ وَمِائَتَيْنِ . الْعَرَبُ ٢٥/٢ .

(٣٤) فِي كِتَابِ اللَّقْطَةِ ، سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٩٩/١ .

كَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي لِقْطَةِ الْحَاجِّ ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٥١/٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٩/٣ .

وَتُخَصِّصُهَا بِذَلِكَ لِتَأْكِيدِهَا ، لَا لِتُخَصِّصِهَا ، كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »^(٣٥) . وَضَالَّةُ الذَّمِّ مَقِيسَةٌ^(٣٦) عَلَيْهَا .

فصل : إِذَا التَّقَطَّ لِقَطْعَةٍ ، عَازِمًا عَلَى تَمْلِكِهَا بِغَيْرِ تَعْرِيفٍ ، فَقَدْ قَعَلَ مُحَرَّمًا ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَخْذُهَا بِهَذِهِ النِّيَّةِ ، فَإِذَا أَخْذَهَا ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، سَوَاءً تَلَفَتْ بِتَفْرِيطٍ^(٣٧) أَوْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَلَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَفَهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُهُ ، فَأُشْبِهَ الْغَاصِبَ . نَصٌّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهَا بِالتَّعْرِيفِ وَالِاتِّقَاطِ ، وَقَدْ وَجَدَ ، فَيَمْلِكُهَا بِهِ ، كَالِاصْطِيَادِ وَالِاخْتِشَاشِ ، فَإِنَّهُ لَوْ دَخَلَ حَائِطًا لَغَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَاخْتَشَّ أَوْ اصْطَادَ مِنْهُ صَيِّدًا ، / مَلَكَهُ ، وَإِنْ كَانَ دُخُولُهُ مُحَرَّمًا ، كَذَا هُنَا . وَلَأنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَنَازَلُ هَذَا الْمُتَقَطُّ ، فَيُبَيِّتُ حُكْمَهُ فِيهِ ، وَلَأنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقَتَّ الِاتِّقَاطِ ، لَأَفْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ الْعَدْلِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالسَّقِيهِ ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى هَؤُلَاءِ الِاتِّقَاطُ لِلتَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ .

٩٤٩ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَحَفِظَ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا ، وَحَفِظَ عَدَدَهَا وَصِفَتَهَا)

الْأَصْلُ فِي هَذَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ : « اَعْرِفْ وَكَأَهَا وَعِفَاصَهَا »^(١) . وَقَالَ فِي حَدِيثِ أَبِي بَنْدَةَ : « اَعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوَكَاءَهَا وَعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرَفْهَا سَنَةً »^(٢) . وَفِي لَفْظٍ عَنْ أَبِي بَنْدَةَ ، أَنَّهُ قَالَ :

(٣٥) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّهْيِ عَنِ الشَّرْبِ قَائِمًا ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَشْرَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِ ٧٤/٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ ضَالَّةِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقْطَةِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةٍ ٨٣٦/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الضَّالَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْيُوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٦٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٣٦) فِي الْأَصْلِ : « مَقِيسٌ » .

(٣٧) فِي م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١) تَقْدِمُ تَفْرِيغِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٠ .

(٢) تَقْدِمُ تَفْرِيغِهِ فِي صَفْحَةِ ٢٩٢ .

وَجَدْتُ مائَةَ دِينَارٍ ، فَأَتَيْتُ بِهَا النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : « عَرَّفَهَا حَوْلًا » . فَعَرَّفْتُهَا حَوْلًا فَلَمْ تُعَرَفْ ، فَرَجَعْتُ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوَعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، وَاخْلُطْهَا بِمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَذِّهَا إِلَيْهِ » . فَقِي هَذَا الْحَدِيثُ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا بَعْدَ التَّعْرِيفِ ، وَفِي غَيْرِهِ أَمَرَهُ بِمَعْرِفَتِهَا حِينَ التَّقَاطُطِ قَبْلَ تَعْرِيفِهَا^(٣) . وَهُوَ الْأَوَّلَى ؛ لِیَحْصُلَ عِنْدَهُ عِلْمُ ذَلِكَ ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا فَتَعَتْهَا ، غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ فَيَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ^(٤) . حَيْثُ . وَإِنْ أَخَّرَ مَعْرِفَةَ ذَلِكَ إِلَى حِينٍ مَجِيءٍ بِأُغْيَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِمَعْرِفَتِهَا حَيْثُ . وَإِنْ لَمْ يَجِئْ طَالِبُهَا ، فَأَرَادَ التَّصَرُّفَ فِيهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ حَتَّى يَعْرِفَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا تَتَعَدَّمُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَلَا يَتَقَيُّ لَهُ سَبِيلٌ إِلَى مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا . وَكَذَلِكَ إِنْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَيَكُونُ أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ لِأُمِّيِّ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا عِنْدَ خَلْطِهَا بِمَالِهِ أَمْرٌ بِإِجَابِ مُضَيِّقٍ ، وَأَمْرُهُ لِزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ بِمَعْرِفَةِ ذَلِكَ حِينَ الْإِتْقَاطِ وَاجِبًا مُوسِعًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ جِنْسَهَا ذَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، وَنَوْعَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ نِيَابًا عَرَفَ لُفَاقَتَهَا وَجِنْسَهَا ، وَيَعْرِفُ قَدْرَهَا بِالْكَيْلِ ، وَبِالْوِزْنِ ، أَوْ بِالْعَدَدِ ، أَوْ الذَّرْعِ ، وَيَعْرِفُ الْعَقْدَ عَلَيْهَا ، هَلْ هُوَ عَقْدٌ وَاحِدٌ أَوْ أَكْثَرُ ، أَنْشُوطَةٌ^(٥) أَوْ غَيْرُهَا ، وَيَعْرِفُ صِمَامَ الْقَارُورَةِ^(٦) الَّذِي يَدْخُلُ^(٧) رَأْسَهَا ، وَعِقَاصُهَا الَّذِي تَلْبَسُهُ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهَا حِينَ يَجِدُهَا . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أَجِبُ أَنْ يَمَسَّهَا حَتَّى يُشْهِدَ عَلَيْهَا . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ غَيْرُ وَاجِبٍ ، وَأَنَّهُ إِنْ لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهَا ضَمِنَهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لِقَطَةً ، فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ، أَوْ ذَوِي ظ ١٨٨/٥

(٣) ق م : « التعريف » .

(٤) ق م : « عليه » .

(٥) الأنشوطه : عقدة يسهل انغلاقها .

(٦ - ٦) ق م : « التي تدخل » .

عَذْلٌ^(٧) . وهذا أَمْرٌ يَقْتَضِي التَّوَجُّوبَ ، ولأنَّه إذا لم يُشْهَدْ كان الظاهرُ أَنَّهُ أَخَذَهَا
لِنَفْسِهِ . ولنا ، خَيْرُ زَيْدٍ بنِ خَالِدٍ ، وَأَبَى بنِ كَعْبٍ ، فَإِنَّهُ أَمَرُهُمَا بِالتَّعْرِيفِ دونَ
الإِشْهَادِ ، ولا يجوزُ تَأْخِيرُ الْيَتَّانِ عن وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فلو كان واجِباً لَيَبْنِيهِ النَّبِيُّ ﷺ ،
سِيِّماً وَقَدْ سُئِلَ عن حُكْمِ اللَّقْطَةِ فلم يكنْ لِيُخْلَ بِذِكْرِ الْوَاجِبِ فيها ، فَيَتَعَيَّنْ حَمْلُ الْأَمْرِ
في حَدِيثِ عِيَّاضٍ^(٨) على النَّذْبِ والاستِحْبَابِ . ولأنَّه أَخَذَ أَمَانَةً ، فلم يَقْتَرِفْ إلى
الإِشْهَادِ ، كَالْوَدِيعَةِ . والمعنى الذي ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ إِذَا حَفِظَهَا وَعَرَفَهَا
فلم يَأْخُذْهَا لِنَفْسِهِ ، وفَائِدَةُ الإِشْهَادِ صِيَانَةُ نَفْسِهِ عن^(٩) الطَّمَعِ فيها ، وَكُتْمُهَا
وَحِفْظُهَا من وَرَثَتِهِ إِنْ مَاتَ ، ومن غُرَمَائِهِ إِنْ أَقْلَسَ . وَإِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهَا ، لَمْ يَذْكُرْ
لِلشُّهُودِ صِفَاتِهَا ، لئَلَّا يَنْتَشِرَ ذَلِكَ فَيَدَّعِيَا مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَيَذْكُرْ صِفَاتِهَا ، كما قُلْنَا
في التَّعْرِيفِ ، وَلَكِنْ يَذْكُرْ لِلشُّهُودِ مَا يَذْكُرُهُ في التَّعْرِيفِ من الْجِنْسِ والتَّوَعُّعِ . قال
أَحْمَدُ ، في رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَقَدْ سَأَلَهُ : إِذَا أَشْهَدَ^(١٠) عَلَيْهَا هل يُبَيِّنُ كَمْ هِيَ ؟ قال : لا ،
وَلَكِنْ يَقُولُ : قَدْ أَصَبْتُ لَقْطَةً . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ صِفَاتِهَا ؛ لِيَكُونَ أَثْبَتَ لَهَا ،
مَخَافَةَ أَنْ يَنْسَاهَا إِنْ اقْتَصَرَ على حِفْظِهَا بِقَلْبِهِ ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ غَرَضَةُ النَّسْيَانِ .

٩٤٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَوَصَفَهَا لَهُ ، دَفَعَتْ إِلَيْهِ بِلَا يَنْتِ)

يعنى إِذَا وَصَفَهَا بِصِفَاتِهَا الْمَذْكُورَةِ ، دَفَعَهَا إِلَيْهِ ، سواءَ غَلَبَ على ظَنِّهِ صِدْقُهُ أو
لم يَغْلِبْ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأَبُو عُبَيْدٍ ، وَدَاوُدُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيُّ : لَا يُجْبَرُ على ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةً ، ويجوزُ^(١١) لَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ إِذَا غَلَبَ على ظَنِّهِ صِدْقُهُ .
قال أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ شَاءَ دَفَعَهَا إِلَيْهِ وَأَخَذَ كَفِيلًا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال :

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٨) تقدم في صفحة ٢٩٧ .

(٩) في الأصل : من .

(١٠) في م : شهد .

(١١) في م : ولا يجوز .

« الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى »^(٢) . وَلأنَّ صِفَةَ الْمُدَّعَى لَا يَسْتَحِقُّ بِهَا كَالْمَقْصُوبِ . وَلَنَا ،
 قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدِيدِهَا وَوَعَائِهَا وَوَكَائِهَا ، فَادْفَعْهَا
 إِلَيْهِ »^(٣) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : هَذَا الثَّابِتُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَبِهِ أَقُولُ . وَرَوَاهُ ابْنُ
 الْقَصَّارِ^(٤) : « فَإِنْ جَاءَ بَاغِيهَا ، وَوَصَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وَفِي
 حَدِيثِ زَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ : « اعْرِفْ وَكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ
 تُعْرِفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَدِّهَا إِلَيْهِ »^(٥) . يَعْنِي إِذَا
 ذَكَرَ صِفَاتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي صَدْرِ الْحَدِيثِ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَيِّنَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ
 الْحَدِيثِ ، وَلَوْ كَانَتْ شَرْطًا لِلدَّفْعِ ، لَمْ يَجْزِ الْإِخْلَالُ بِهِ ، وَلَا أَمْرٌ بِالْدَّفْعِ بِدُونِهِ ،
 وَلأنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ تَعْتَدُرُ ؛ لِأَنَّهَا^(٦) « إِنَّمَا سَقَطَتْ »^(٧) حَالِ الْقَفْلَةِ وَالسَّهْوِ ،
 « فَتَوْقُفٌ دَفْعُهَا عَلَيْهَا »^(٨) مَنَعَ لَوْصُولِهَا إِلَى صَاحِبِهَا أَبَدًا ، وَهَذَا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ
 الْإِلْتِقَاطِ ، وَيُقْضَى إِلَى تَضْيِيعِ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ ،
 كَالِإِتِّفَاقِ عَلَى الْيَتِيمِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ هَذَا الْقَوْلِ وَبَيْنَ تَفْضِيلِ الْإِلْتِقَاطِ عَلَى تَرْكِهِ مُتَنَاقِضٌ
 جَدًّا ؛ لِأَنَّ الْإِلْتِقَاطَ حَيْثُذُ يَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِ الْمُسْلِمِ يَقِينًا ، وَإِثْعَابًا لِنَفْسِهِ بِالْتَّعْرِيفِ
 الَّذِي لَا يُقَيَّدُ ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِدِينِهِ بِتَرْكِهِ الْوَاجِبَ مِنْ تَعْرِيفِهَا ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ يَجِبُ
 أَنْ يَكُونَ حَرَامًا ، فَكَيْفَ يَكُونُ فَاضِلًا . وَعَلَى هَذَا نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَجِبْ دَفْعُهَا بِالْصَّفَةِ ،
 لَمْ يَجْزِ الْتِقَاطُهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى » . يَعْنِي إِذَا
 كَانَ ثَمَّ مُنْكَرٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي سِيَاقِهِ : « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . وَلَا مُنْكَرَ هُنَا ، عَلَى
 أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَيِّنَةً مُدَّعَى اللَّقْطَةِ وَصَفَهَا ، فَإِذَا وَصَفَهَا فَقَدْ

(٢) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٤) لعله يعني أبا إسحاق إبراهيم بن عبد الله الأصماني المعدل القصار ، المتوفى سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة . انظر :

الأنساب ١٦٣/١٠ ، ١٦٤ .

(٥ - ٥) في الأصل : « تسقط » .

(٦ - ٦) في م : « فتوقف دفعها » .

أَقَامَ بَيِّنَتَهُ . وَقِيَاسُ اللَّقْطَةِ عَلَى الْمَعْصُوبِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ التَّزَاْعَ ثُمَّ فِي كَوْنِهِ مَعْصُوبًا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، وَقَوْلُ الْمُتَكَبِّرِ يُعَارِضُ دَعْوَاهُ ، فَاجْتِيحَ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، وَهُنَا قَدْ ثَبَتَ كَوْنُ هَذَا الْمَالِ لِقُطْعَةٍ ، وَأَنَّ لَهُ صَاحِبًا غَيْرَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا مُدَّعِيَ لَهُ إِلَّا الْوَاصِفَ ، وَقَدْ تَرَجَّحَ صِدْقُهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَفَهَا ائْتَانِ ، أَقْرِغَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ أَنَّهَا لَهُ ، وَسَلَّمَتْ إِلَيْهِ . وَهَكَذَا إِنْ ^(٧) أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ ، أَقْرِغَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَلَفَ ، وَدُفِعَتْ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا ^(٨) تَسَاوَيَا فِيمَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الدَّفْعُ ، فَتَسَاوَيَا فِيهَا ، كَالْوُكُوفِ فِي أَيْدِيهِمَا . وَالَّذِي قُلْنَاهُ أَصَحُّ وَأَشْبَهُ بِأَصُولِنَا ، فِيمَا إِذَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ غَيْرِهِمَا ، وَلِأَنَّهُمَا تَدَاعَا عَيْنًا فِي يَدٍ ^(٩) غَيْرِهِمَا ، وَتَسَاوَيَا فِي الْبَيِّنَةِ ، أَوْ فِي عَدَمِهَا ، فَتَكُونُ لِمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، كَالْوُكُوفِ فِي يَدٍ إِنْ سَانِ ، فَقَالَ : هِيَ لِأَحَدِكُمَا ، لَا أَعْرِفُهُ عَيْنًا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ ^(١٠) ، فَتَرَجَّحَ قَوْلُهُ فِيهِ . وَإِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَقَامَ آخَرَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ كَانَ الْوَاصِفُ قَدْ أَخَذَهَا ، انْتَزَعَتْ مِنْهُ ، وَرُدَّتْ إِلَى صَاحِبِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَهُ ، فَإِنْ كَانَتْ ^(١١) قَدْ هَلَكَتْ ، فَلِصَاحِبِهَا / تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو

ظ ١٨٩/٥

حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَلْزَمُ الْمُتَلَقِّطُ شَيْءً . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ صَاحِبِ مَالِكٍ ، وَأَبَى عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا أَمَرَ بِهِ ، وَهُوَ ^(١٢) أَمِينٌ غَيْرُ مُقْرِطٍ وَلَا مُقْصِرٍ ، فَلَا يَضْمَنُ كَالْوُكُوفِ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، وَلِأَنَّ الدَّفْعَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ ، فَصَارَ الدَّفْعُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَالْوُكُوفِ بِأَمْرِ كَرَاهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَفَعَ مَالَ غَيْرِهِ إِلَى غَيْرٍ مُسْتَحِقِّهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ،

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) في الأصل : نصفها .

(١٠) في م : كان .

(١١) في م : لأنه .

فَضَمَّتْهُ ، كَأَنَّهُ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى غَيْرِ مَالِكِهَا ، إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ مَالِكُهَا . فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، لَمْ يَمْلِكْ صَاحِبُهَا مُطَالَبَةَ الدَّافِعِ ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُذَةٌ مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْقَهْرِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَأَنَّهُ غَصَبَهَا غَاصِبٌ . وَمَتَى ضَمِنَ الْوَاصِفُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْعُدْوَانَ مِنْهُ وَالتَّلَفَ عِنْدَهُ . فَإِنْ ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ سَبَبَ تَعْرِيمِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ أَقَرَّ لِلوَاصِفِ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمَالِكُهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ أَنَّهُ صَاحِبُهَا وَمُسْتَحِقُّهَا ، وَأَنَّ صَاحِبَ الْبَيِّنَةِ ظَلَمَهُ بِتَضَمُّنِهِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ . وَإِنْ كَانَتِ اللَّقْطَةُ قَدْ تَلَفَتْ عِنْدَ الْمُتَلَقِّطِ ، فَضَمَّنَتْهُ إِيَّاهَا ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ بِمَا غَرِمَهُ ، وَلَيْسَ لِمَالِكِهَا تَضَمُّنُ الْوَاصِفِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي قَبَضَهُ إِنَّمَا هُوَ مَالُ الْمُتَلَقِّطِ ، لَا مَالُ صَاحِبِ اللَّقْطَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْعَيْنَ . فَأَمَّا إِنْ وَصَفَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَخَذَهَا ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا وَادَّعَاهَا ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّهَا لِوَصْفِهِ إِيَّاهَا ، وَعَدِمَ الْمُنَازَعَةَ فِيهَا ، وَتَبَيَّنَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، وَهُوَ لَمْ يَوْجَدْ مَا يَقْتَضِي انْتِزَاعَهَا مِنْهُ ، فَوَجَبَ إِنْقَاؤها لَهُ ، كَسَائِرِ مَالِهِ .

فصل : وَلَوْ جَاءَ مُدْعٍ لِلْقَطْعَةِ ، فَلَمْ يَصِفْهَا ، وَلَا أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ ، لَمْ يَجُزْ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، سِوَاءَ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهُ أَوْ كَذِبُهُ ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَلَمْ يَجُزْ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ صَاحِبُهَا ، كَالْوَدِيعَةِ ، فَإِنْ دَفَعَهَا ، فَجَاءَ آخَرُ فَوَصَفَهَا ، أَوْ أَقَامَ^(١٢) بَيِّنَةً ، لَزِمَ الْوَاصِفَ غَرَامَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتُهَا عَلَى مَالِكِهَا بِتَفْرِيطِهِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مُدْعِيهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِصَاحِبِهَا تَضَمُّنُ آخِذِهَا ، فَإِذَا ضَمَّنَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ لَمْ يَأْتِ أَحَدٌ يَدْعِيهَا فَلِلْمُتَلَقِّطِ مُطَالَبَةُ آخِذِهَا بِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ^(١٣) مَجِيءَ صَاحِبِهَا ، فَيُغَرِّمُهُ إِيَّاهَا ، وَلِأَنَّهَا أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَمَلَكَ أَخَذَهَا مِنْ غَاصِبِهَا ، كَالْوَدِيعَةِ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : هـ هـ .

(١٣) فِي مِ زِيَادَةٌ : هـ مِنْ هـ .

٩٤٣ - مسألة ؛ قال : (أَوْ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ قَدْ اسْتَهْلَكَتْ)

وجملة ذلك أن اللقطة في الحَوْل / أمانة في يَدِ الْمُتَلَقِّطِ ، إن تَلَفَتْ بغَيْرِ تَفْرِيطِهِ أَوْ نَقَصَتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . ومتى جَاءَ صَاحِبُهَا ، فَوَجَدَهَا أَخَذَهَا بِرِيَازَتِهَا الْمُتَّصِلَةِ وَالْمُنْفَصِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا نَمَاءٌ مِلْكِهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمُتَلَقِّطُ ، أَوْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، ضَمِنَهَا بِمِثْلِهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَبَقِيَّتِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِثْلٌ . لَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ ، ثَبَّتَ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلُهَا أَوْ قِيَمَتُهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ ، وَتَلَفَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَسَوَاءٌ قَرَطَ فِي حِفْظِهَا أَوْ لَمْ يُقَرِّطْ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ نَاقِصَةً ، وَكَانَ نَقْصُهَا بَعْدَ الْحَوْلِ ، أَخَذَ الْعَيْنَ وَأَرَشَ نَقْصَهَا ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهَا مَضْمُونٌ إِذَا تَلَفَتْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَتْ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ^(١) الَّذِينَ حَكَمُوا بِمِلْكِهِ لَهَا بِمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، وَأَمَّا مَنْ قَالَ : لَا يَمْلِكُهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِهَا حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا ، وَحُكْمُهَا قَبْلَ تَمَلُّكِهِ إِلَّا بِهَا حُكْمُهَا قَبْلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . وَمَنْ قَالَ : لَا تَمْلِكُ اللَّقْطَةُ بِحَالٍ . لَمْ يُضْمَنْهُ إِلَّا بِهَا . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَأَبُو مَجْلَزٍ ، وَالحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، قَالُوا : لَا يَضْمَنُ ، وَإِنْ ضَاعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِهَا فِي مِلْكِهِ . وَقَالَ دَاوُدُ : إِذَا تَمَلَّكَ الْعَيْنَ وَأَتَلَفَهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَوْحٌ إِلَى مِثْلِ هَذَا الْقَوْلِ ؛ لِحَدِيثِ عِيَّاضِ بْنِ حِمَارٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَالْأَفْهَى مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » ^(٢) . فَجَعَلَهُ مَبَاحًا . وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ أَبِي بِنٍ كَعْبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَالْأَفْهَى كَسْبِيلُ مَالِكَ » ^(٣) . وَفِي حَدِيثِ زَيْدٍ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وَالْأَفْهَى فَشَانِكَ بِهَا » ^(٤) . وَرَوَى : « فَهِيَ لَكَ » . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِرَدِّ

(١) في م : العلماء .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٢ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

بذلها . ولنا ، قول النبي ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرِفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلَتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَذْفَعَهَا إِلَيْهِ »^(٥) . وقال الأثرم : قال أحمد : أذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان . جوده ، ولم يروه أحد مثل ما رواه : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ ، وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »^(٦) . لأنها عَيْنٌ يَلْزَمُ رَدُّهَا لَوْ كَانَتْ بَاقِيَةً ، فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا إِذَا أَتَلَفَهَا ، كَمَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ مَعْصُومٌ ، فَلَمْ يُجْزِ اسْتِقْطَ حَقِّهِ مِنْهُ مُطْلَقًا ، كَمَا لَوْ اضْطُرَّ إِلَى مَالٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ زَائِدَةً بَعْدَ الْحَوْلِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، أَخَذَهَا بِزِيَادَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَتَّبِعُ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْإِقَالَةِ ، فَتَبَعَتْ هُنَا . وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْحَوْلِ لَهَا نَمَاءٌ مُتَفَصِّلٌ ، فَهُوَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكُهُ مُمَيَّزٌ لَا يَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَنَمَاءِ الْمَبِيعِ إِذَا رُدَّ بِعَيْبٍ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ ، بِنَاءً عَلَى الْمُفْلِسِ إِذَا اسْتَرْجَعَتْ مِنْهُ الْعَيْنُ بَعْدَ أَنْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَمَيِّزَةً ، وَالْوَلَدُ إِذَا اسْتَرْجَعَ أَبُوهُ مَا وَهَبَهُ^(٧) لَهُ بَعْدَ زِيَادَتِهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الزِّيَادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا^(٨) أَنَّ الزِّيَادَةَ لِمَنْ حَدَثَتْ فِيهِ مِلْكُهُ . ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ فِي مَسْأَلَتِنَا يَضْمَنُ النِّقْصَ ، فَتَكُونُ لَهُ الزِّيَادَةُ ، لِيَكُونَ الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ ، وَتَمَّ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا كَيْفَ أَنْ لَا يَكُونَ الْخَرَجُ لَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ الْمِثْلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُلْتَقِطِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ بَعْدَ خُرُوجِهَا مِنْ مِلْكِ الْمُلْتَقِطِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ نَحْوِهِمَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، وَلَهُ اخْتِذُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ الْمُلْتَقِطُ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لَكُنْزِهَا صَارَتْ فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ صَادَفَهَا قَدْ رَجَعَتْ إِلَى الْمُلْتَقِطِ بِفَسْخَرٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهُ اخْتِذُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فِي يَدِ مُلْتَقِطِهِ ، فَكَانَ لَهُ اخْتِذُهَا ، كَالرُّوْجِ إِذَا طَلَّقَ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقر ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٨٦/٦ .

(٧) في م : « وهب » .

(٨) كذا على الجمع .

قَبْلَ الدُّخُولِ فَوَجَدَ الصَّدَاقَ قَدْ رَجَعَ إِلَى الْمَرْأَةِ . وَسَائِرُ أَحْكَامِ الرُّجُوعِ هُنَا
كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، عَلَى مَا تَذَكَّرَهُ فِي مَوْضِعِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : إِذَا أَخَذَ اللَّقْطَةَ ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، ضَمِنَهَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ .
وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرِيُّ ، عَنْ الْقَعْنَبِيِّ ، عَنْ
مَالِكٍ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، عَنْ ثَابِتِ بْنِ الضَّحَّاكِ ، عَنْ
عَمْرِ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ وَجَدَ بَيْعَرًا : أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ ^(٩) . وَلِمَا رَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ
عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ رَأَى فِي بَقْرِهِ بَقْرَةً قَدْ لَحِقَتْ بِهَا ، فَأَمَرَ بِهَا فَطُرِدَتْ حَتَّى تَوَارَتْ ^(١٠) .
وَلَنَا : أَنَّهُ أَمَانَةٌ حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ حِفْظُهَا ، فَإِذَا ضَيَعَهَا لَزِمَهُ ضَمَانُهَا . كَالْوَضِيعِ
الْوَدِيعَةِ . وَلَا تَهَا لِمَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، لَزِمَهُ حِفْظُهَا ، وَتَرَكُهَا بَضِيعُهَا . فَأَمَّا حَدِيثُ
عَمْرِ ، فَهُوَ فِي الضَّالَّةِ الَّتِي لَا تَحِلُّ . فَأَمَّا مَا لَا يَحِلُّ التِّقَاطُ إِذَا أَخَذَهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ
رَدَّهُ إِلَى مَكَانِهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِهَذِهِ الْآثَارِ ، وَلَئِنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ تَرْكُهُ فِي مَكَانِهِ
إِتِّدَاءً ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ بَعْدَ أَخْذِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدَهُ ، لَئِنَّهُ ^(١١) دَخَلَ
فِي ضَمَانِهِ ، فَلَمْ يَتَرَأَّى مِنْ ضَمَانِهِ بَرْدَهُ إِلَى مَكَانِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَمَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ، فَعَلَى
هَذَا لَا يَتَرَأَّى إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَأَمَّا عَمْرٌ فَهُوَ كَانَ الْإِمَامَ ، فَإِذَا أَمَرَ بِرَدِّهِ كَانَ
كَأَخْذِهِ مِنْهُ . وَحَدِيثُ جَرِيرٍ لَا حُجَّةَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا غُلَامُهُ ،
إِنَّمَا لَحِقَتْ بِالْبَقْرِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ وَلَا اخْتِيَارِهِ .

و ١٩١/٥

(٩) أخرجه مالك ، في : باب القضاء من الضوال ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٩/٢ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة ... من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩١/٦ . وابن أبي
شيبه ، في : باب من كره أخذ اللقطة ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٤٦٦/٦ . وعبد الرزاق ، في :
كتاب اللقطة . المصنف ١٣٣/١٠ .
وأخرجه أبو داود بمعناه في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ . وانظر تخرجه حديث : لا يؤوى الضالة
إلا ضالاً ، في صفحة ٣٣٨ .
(١٠) أخرجه أبو داود ، في : كتاب اللقطة . سنن أبي داود ٣٩٩/١ . وابن ماجه ، في : باب ضالة الإبل والبقر
والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٢/٤ .
(١١) في م : فإنه .

فصل : وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفریط ، فلا ضمان عليه ؛ لأنها أمانة في يده ، فأشبهت الوديعة . فإن التلقطها آخر ، فعرف أنها ضاعت من الأول ، فعليه ردّها إليه ؛ لأنه قد ثبت له حق التّمولّ وولاية التّغريف والحفّظ ، فلا يزول ذلك بالضّياع . فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حوّلًا ، ملكها ؛ لأن^(١٢) سبب الملك وجد منه من غير عدوان ، فثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول اتّزاعها ؛ لأنّ الملك مقدّم على حق التّمليك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأول ؛ لأنه لم يقرط . وإن علم الثاني بالأول ، فردّها إليه ، فأبى أخذها ، وقال : عرفها أنت . فعرفها ، ملكها أيضا ؛ لأنّ الأول ترك حقّه فسقط . وإن قال : عرفها ، ويكون ملكها لي . ففعل ، فهو مستنيب له في التّغريف ، ويملكها الأول ؛ لأنه وكلّه في التّغريف ، فصحّ ، كما لو كانت في يد الأول . وإن قال : عرفها ، وتكون بيننا . ففعل ، صحّ أيضا ، وكانت بينهما ؛ لأنه أسقط حقّه من نصفها ، ووكّل في الباقي . وإن قصد الثاني بالتّغريف تملكها لنفسه دون الأول ، اختل وجهين ؛ أحدهما ، يملكها^(١٣) ؛ لأنّ سبب الملك وجد منه ، فملكها ، كما لو أذن له الأول في تغريفها لنفسه . والثاني ، لا يملكها ؛ لأنّ ولاية التّغريف للأول ، أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها . وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ، ولم يعلمه^(١٤) بها . ويشبه هذا المتحجّر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجّره ، فأحياه بغير إذنه . فأما إن غصبها غاصب من الملتقط ، فعرفها ، لم يملكها ، وجهاً واحداً ؛ لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه^(١٥) سبب تملكها ، فإنّ الانقطاع من جملة السبب ، ولم يوجد منه . ويُفارق هذا ما إذا التّقطها ثانياً ، فإنه وجد منه الانقطاع والتّغريف .

(١٢) في الأصل زيادة : حتى .

(١٣) في الأصل زيادة : الثاني .

(١٤) في الأصل : يعلم .

(١٥) سقط من : الأصل .

فصل : وَمَنْ اصْطَادَ سَمَكَةً ، فَوَجَدَ فِيهَا دُرَّةً ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الدُّرَّ يَكُونُ فِي
الْبَحْرِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ ^(١٦) . فَتَكُونُ
لَا حِذْهَا ، فَإِنْ بَاعَهَا الصَّيَّادُ وَلَمْ يَعْلَمْ ، فَوَجَدَهَا الْمُشْتَرِي فِي بَطْنِهَا ، فَهِيَ
لِلصَّيَّادِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا فِي بَطْنِهَا فَلَمْ يَبْعُهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِرِوَالِ مِلْكِهِ
عَنْهُ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ ، كَمَنْ بَاعَ دَارًا لَهُ مَالٌ مَذْفُونٌ / فِيهَا . وَإِنْ وَجَدَ فِي بَطْنِهَا غَيْرَةً
أَوْ شَيْعًا مِمَّا يَكُونُ فِي الْبَحْرِ ، فَهُوَ لِلصَّيَّادِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْجَوْهَرَةِ . وَإِنْ
وَجَدَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُخْلَقُ فِي الْبَحْرِ ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا لَادِمِي ،
فِيَكُونُ لِقَطْعَةٍ ، كَالْوَجَدَةِ فِي الْبَحْرِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الدُّرَّةِ إِذَا كَانَ فِيهَا أَثَرٌ لَادِمِي ،
مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مُثْقَبَةً أَوْ مُتَّصِلَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهَا تَكُونُ لِقَطْعَةٍ لَا يَمْلِكُهَا
الصَّيَّادُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَقَعَا فِي الْبَحْرِ حَتَّى تَثْبُتَ الْيَدُ عَلَيْهِمَا ، فَهِيَ كَالدَّيْنَارِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ
فِي الْغَيْرَةِ إِذَا كَانَتْ مَوْصُولَةً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ ، أَوْ مَصْنُوعَةً ، كَالثَّقَاخَةِ مُثْقَبَةً ، وَغَوِ
ذَلِكَ مِمَّا لَا يُخْلَقُ عَلَيْهِ فِي الْبَحْرِ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ . وَإِنْ وَجَدَهَا الصَّيَّادُ فَعَلَيْهِ تَعْرِيفُهَا ؛
لَأَنَّهُ مُتَقِطُّهَا ، وَإِنْ وَجَدَهَا الْمُشْتَرِي ، فَالتَّعْرِيفُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدُهَا ، وَلَا حَاجَةَ
إِلَى الْبِدَايَةِ بِالْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذَلِكَ بَعْدَ اصْطِيَادِهَا وَمِلْكِ
الصَّيَّادِ لَهَا ، فَاسْتَوَى هُوَ وَغَيْرُهُ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى شَاةً ، وَوَجَدَ فِي بَطْنِهَا دُرَّةً أَوْ غَيْرَةً
أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ ، فَهِيَ لِقَطْعَةٍ يَعْرِفُهَا ، وَيَبْدَأُ بِالْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ابْتَلَعَتْهَا
مِنْ ^(١٧) مِلْكِهِ قَبْلَ أَنْ يَبْدَأَ بِهِ ، كَقَوْلِنَا فِي مُشْتَرِي الدَّارِ إِذَا وَجَدَ فِيهَا مَالًا مَذْفُونًا . وَإِنْ اصْطَادَ
السَّمَكَةَ مِنْ غَيْرِ الْبَحْرِ ، كَالنَّهْرِ وَالْعَيْنِ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّاةِ ، فِي أَنَّ مَا وَجَدَ فِي بَطْنِهَا
مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ لِقَطْعَةٍ ، دُرَّةً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي الْبَحْرِ بِحُكْمِ
الْعَادَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الدُّرَّةُ لِلصَّيَّادِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمِنْ كُلِّ ثَأْكُلٍ نَكُنَّ لَحْمًا
طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

(١٦) سورة فاطر ١٢ .

(١٧) في م : ١ في ١ .

فصل : وإن وَجَدَ غَبْرَةً على سَاحِلِ الْبَحْرِ ، فهي له ؛ لأنه يُمكنُ أن يكونَ الْبَحْرُ أَلْقَاهَا ، والأصلُ عَدَمُ الْمِلْكِ فيها ، فكانت مُباحةً لَا يَحِلُّهَا ، كالصَّيْدِ . وقد رَوَى سَعِيدٌ ، قال : حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عِيَّاشٍ ، عن مُعَاوِيَةَ بْنِ عَمْرِو الْعَبْدِيِّ ^(١٨) ، قال : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ غَبْرَةً مثلَ الْبَعِيرِ ، فَأَخَذَهَا نَاسٌ بِعَدَنَ . فكتب إلى عمر بن عبد العزيز ، فكتبَ إلينا ، أن نَحْذُوا منها الْخُمْسَ ، وادْفَعُوا إِلَيْهِمْ سَائِرَهَا ، وإن باعُوا كُموها فاشتَرَوْها . فَأَرَدْنَا أن نَرِثَهَا فلم نَجِدْ مِيرَاثًا يُخْرِجُهَا ، فَقَطَعْنَاهَا اثْنَيْنِ ، وَوَرَّثْنَاهَا ، فوجدناها سِتْمائةَ رَطلٍ ، فَأَخَذْنَا خُمْسَهَا ، وَدَفَعْنَا سَائِرَهَا إِلَيْهِمْ ، ثم اشْتَرَيْنَاهَا بِخُمْسَةِ آلَافِ دِينَارٍ ، وَبَعَثْنَا بِهَا إلى عمر بن عبد العزيز ، فلم يَلْبَثْ إِلَّا قَلِيلًا حتى باعها بِثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وإن صادَ غَزَّالًا ، فَوَجَدَهُ مَخْضُوبًا ، أو في عُقْبِهِ جِرْزٌ ، أو في أُذُنِهِ قُرْطٌ ، ونحو ذلك مما يَدُلُّ على ثُبُوتِ / الْيَدِ عليه ، فهو لِقَطْعَةٍ ؛ لأنَّ ذلك دَلِيلٌ على أَنَّهُ كان مَمْلُوكًا . وقال أحمدٌ ، في مَنْ أَلْقَى شَبَكَةً في الْبَحْرِ ، فَوَقَعَتْ فيها سَمَكَةٌ ، فَجَذَبَتْ الشَّبَكَةَ ، فَمَرَّتْ بِهَا في الْبَحْرِ ، فَصَادَهَا رَجُلٌ ، فَإِنَّ السَّمَكَةَ لِلَّذِي حَازَهَا ، وَالشَّبَكَةَ يُعْرِفُهَا وَيَدْفَعُهَا إلى صَاحِبِهَا . فَجَعَلَ الشَّبَكَةَ لِقَطْعَةٍ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ لِأَدَمِيٍّ ، وَالسَّمَكَةَ لِمَنْ صَادَهَا ؛ لِأَنَّهَا كانت مُباحةً ولم يَمْلِكْها صَاحِبُ الشَّبَكَةِ ، لَكُونَ شَبَكَتَهُ لم تُثْبِتْها ، فَبَقِيََتْ على الْإِبَاحَةِ ، وَهَكَذَا لو نَصَبَ فَخًّا أو شَرَكًا ، فَوَقَعَ فيه صَيْدٌ من صِيُودِ الْبَرِّ ، فَأَخَذَهُ وَذَهَبَ بِهِ ، وَصَادَهُ آخَرُ ، فهو لِمَنْ صَادَهُ ، وَيُرَدُّ الْآلَةُ إلى صَاحِبِهَا ، فهي لِقَطْعَةٌ يُعْرِفُهَا . وقال أحمدٌ ، في رَجُلٍ اتَّهَى إلى شَرَكٍ فيه حِمَارٌ وَحُشْرٌ ، أو ظَبْيَةٌ ، قد شَارَفَ الْمَوْتَ ، فَخَلَّصَهُ وَذَبَحَهُ : هو لِصَاحِبِ الْأُخْبُولَةِ ، وما كان من الصَّيْدِ في الْأُخْبُولَةِ فهو لِمَنْ نَصَبَهَا ، وإن كان بَازِيًّا أو صَفْرًا أو عُقَابًا . وسُئِلَ عن بَازِيٍّ أو صَفْرٍ أو كَلْبٍ مُعْلَمٍ أو فَهْدٍ ، ذَهَبَ عن صَاحِبِهِ ، فدَعَا فلم يُجِبْهُ ، ومَرَّ في الْأَرْضِ حتى أتى لذلك

(١٨) في الأصل : العبدري .

أيام ، فأثني قرية ، فسقط على حائط ، فدعاه رجل فأجابه ؟ قال : يرّده على صاحبه . قيل له : فإن دعاه فلم يجبه فنصب له شركاً فصاده به ؟ قال : يرّده على صاحبه . فجعل هذا المصاحبه ؛ لأنه قد ملكه ، فلم يرل ملكه عنه بدّها به عنه ، والسّمكة في الشبكية ، لم يكن ملكها ولا حازها ، وكذلك جعل ما وقع في الحولة من البازي والصقر والعقاب لصاحب الحولة ، ولم يجعله ههنا لمن وقع في شركه ؛ لأن^(١٩) هذا فيما عليم أنه قد كان مملوكاً لإنسان فذهب ، وإنما يعلم هذا بالخبر ، أو بوجود ما يدل على الملك فيه ، مثل وجود السير في رجله ، أو آثار التعليم^(٢٠) ، مثل استجابته للذي يدعوه ، ونحو ذلك . ومتى لم يوجد ما يدل على أنه مملوك ، فهو لمن اصطّاده ؛ لأن الأصل عدم الملك فيه وإباحته .

فصل : ومن أخذت ثيابه من الحمام ، وجذبها ، أو أخذ مَداسه ، وترك له بدله ، لم يملكه بذلك . قال أبو عبد الله ، في من سرق ثيابه وجذب غيرها : لم يأخذها ، فإن أخذها عرفها سنة ، ثم تصدّق بها . إنما قال ذلك ؛ لأن سارق الثياب لم تجز بينه وبين مالِكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه ، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولم يعرف صاحبه ، فيعرفه كاللقطة . ويحتمل أن ينظر في هذا ، فإن كانت ثم قرية تدل على السرقة ، بأن تكون ثيابه أو مَداسه خيراً من / المتركة ، وكانت ممّا لا تشبه على الآخذ بثيابه ومَداسه ، فلا حاجة إلى التعريف ؛ لأن التعريف إنما يجعل^(٢١) في المال الضائع عن ربّه ، ليعلم به ويأخذها ، وتارك هذا عالم به راضٍ ببذله عوضاً عما أخذها ، ولا يعترف أنه له ، فلا يحصل في تعريفه فائدة ، فإذا ليس هو بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، وفيما يصنع بها ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، أنه يتصدّق بها على ما ذكرنا . الثاني ، أنه يُباح له أخذها ؛ لأن صاحبها في الظاهر تركها له بإذلائها له عوضاً عما أخذها ، فصار كالمبيح له أخذها بلسانه ، فصار كمن قهر

(١٩) في الأصل : « لأنه » .

(٢٠) في م : « التعلم » .

(٢١) في الأصل : « يجعل » .

إنساناً على أخذ ثوبه ، ودفع إليه درهمًا . الثالث ، أنه يرفعها إلى الحاكم ، ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله . والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس ؛ لأن فيه نفعاً لمن سرق ثيابه ، بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم لمن له على إنسان حق من دين أو غصب ، أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه ، إذا عجز عن ^(٢٢) استيفائه بغير ذلك ، فهنا مع رضاء من عليه الحق بأخذه أولى . وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه ، مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها ، وهي مما ^(٢٣) تشبه بها ، فينبغي أن يعرفها ههنا ؛ لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهي بمنزلة الضائعة منه . والظاهر أنه إذا علم بها ، أخذها ورد ما كان أخذه ، فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تعرف ، ففيها الوجه الذي ذكرناها ، إلا أننا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه ، لا يزيد عليها ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ، فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضى بالمعوضة بها . وإذا قلنا : إنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها . فله أن يشتريها بتمن في ذمته ، ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدق بالباقي . والله أعلم .

فصل : قال أحمد ، في من عنده رهون ، قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها :
يبيعها ، ويتصدق بتمنيتها ، فإن جاء صاحبها غريمها . وهذا محمول على من استوفى
ذيوته التي رهن الرهن بها ، فأما من لم يستوف ذبته ، فإن كان قد / إذن له في بيعها ، و ١٩٣/٥

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في م : وما .

باعها ، واستوفى دينه من ثمنها ، وتصدق بالباقي ، وإن لم يكن أذن له في بيعها ، رفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويقضيه^(٢٤) حقه من ثمنها ، ويتصدق بباقيها .

فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحب الدار والساكين في دفن الدار ، فقال كل واحد منهما : أنا دفنته . بين^(٢٥) كل واحد منهما ما الذي دفن ، فكل من أصاب الوصف فهو له ، وذلك لأن ما يوجد في الأرض من الدفن مما عليه علامة المسلمين ، فهو لقطة ، واللقة تستحق بوصفها ، ولأن المصيب للوصف في الظاهر هو من كان ذلك في يده ، فكان أحق به ، كما لو تنازع أجنبيان ، فوصفه أحدهما .

فصل : ومن وجد لقطة في دار الحرب ، فإن كان في الجيش ، فقال أحمد : يعرفها سنة في دار الإسلام ، ثم يطرحها في المقيم^(٢٦) . إنما عرفها في دار الإسلام ؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة ، ويجوز أن تكون لمسلم ، ولأنه قد لا يمكنه المقام في دار الحرب لتعريفها . ومعناه - والله أعلم - يتمم التعريف في دار الإسلام ، فأما ابتداء التعريف فيكون في الجيش الذي هو فيه ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن تكون لأحدهم ، فإذا قلل أتم التعريف في دار الإسلام . فأما إن كان دخل دارهم بأمان ، فيتبين أن يعرفها في دارهم ؛ لأن أموالهم محرمة عليه ، فإذا لم تعرف ، ملكها كما يملكها في دار الإسلام . وإن كان في الجيش ، طرحها في المقيم بعد التعريف ؛ لأنه وصل إليها بقوة الجيش ، فأشبهت مباحات دار الحرب إذا أخذ منها شيئاً . وإن دخل لإيهم

(٢٤) في م : ويقضه .

(٢٥) في الأصل : بين .

(٢٦) في الأصل : القسم .

مُتَلَصِّصًا ، فَوَجَدَ لَقْطَةً ، عَرَفَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ لَهُ ، ثُمَّ يَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ غَنِيمَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ غَنِيمَةً لَهُ ، لَا تَحْتَاجُ إِلَى تَعْرِيفٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ، وَأَمْوَالُهُمْ غَنِيمَةٌ .

٩٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْمُتَلَقِّطُ قَدْ مَاتَ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا)

وجملة ذلك أن المتلقط إذا مات ، واللقطة موجودة بعينها ، قام وازنه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ، ويملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ، ورثها الوارث ، كسائر أموال الميت ، ومتى جاء صاحبها ، أخذها من الوارث ، كما يأخذها من الموروث ، فإن كانت معذومة العين ، فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته / إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء يبدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله ؛ لأنها قد دخلت في ملكه بمضى الحول . وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، ولا شيء لصاحبها ؛ لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه ، فلم يضمنها ، كالوديعة ، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط ، على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يملكها . وقد مضى الكلام في ذلك . فأمّا إن لم يعلم تلفها ، ولم يجدها ^(١) في تركته ، فظاهر كلام الخِرقي أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ؛ لأن الأصل بقاءها . ويحتمل أن لا يلزم المتلقط شيء ، ويسقط حق صاحبها ، لأن الأصل براءة ذمة المتلقط منها . ويحتمل أن تكون قد ^(٢) تلفت بغير تفريطه ، فلا تشتعل ذمته بالشك . ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه ؛ لأنها كانت أمانة عنده ، ولم تعلم جنايته فيها ، والأصل براءة ذمته منها . وإن مات بعد الحول ، فهي في تركته ؛

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لأن الأصل بقاءها إلى ما بعد الحول ، ودخولها في ملكه ، ووجوب بدلها عليه . فإن قيل : فقد قلتم إن صاحبها لو جاء " بعد نبع " الملقط لها ، أو هبته ، لم يكن له إلا بدلها ، فلم قلتم إنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟ قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث ، وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً للموروث ، ومملك موروثه فيها كان مراعاة مشروطاً بعدم مجيء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه ، بخلاف ملك المشتري والمتهب ، فإنهما يملكان ملكاً مستقراً .

٩٤٥ - مسألة : قال : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً مغلولاً ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)

وجملة ذلك أن الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما جائزة . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . ولا تعلم فيه مخالفاً . والأصل في ذلك قول الله عز وجل : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ يَعِيرُ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (١) . وروى أبو سعيد ، أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ ، أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يقرؤهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرؤنا ، فلا نفعل حتى نجعلوا لنا جعلاً . فجعلوا لهم قطع شيا ، فجعل رجل يقرأ بأمر القرآن ، ويجمع بزاقه ويتفل ، فبرأ الرجل ، فأتواهم بالشاء ، فقالوا : لا تأخذوها حتى نسأل عن رسول الله ﷺ . فسألو النبي ﷺ ، فقال : « وما أدراك أنها رقية ؟ خذوها ، واضربوا لي معكم بسهم » . رواه البخاري (٢) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإن العمل قد يكون مجهولاً ، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ، ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردِّهما ، وقد لا يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ؛ لأنها غير لازمة ، بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة ، اقتضت إلى تقدير مدة ، والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها ، ولأن الجائزة لكل واحد منهما أثرها ، فلا يؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده ،

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ١٣٧ .

بِخِلَافِ اللَّازِمَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا قَالَ : مَنْ رَدَّ عَلَى ضَالَّتِي أَوْ عَبْدِي الْآبِقِ ، أَوْ خَاطَ لِي هَذَا الْقَمِيصَ ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا وَكَذَا . صَحَّ ، وَكَانَ عَقْدًا جَائِزًا ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ قَبْلَ حُصُولِ الْعَمَلِ . لَكِنْ إِنْ رَجَعَ الْجَاعِلُ قَبْلَ التَّلَبُّسِ بِالْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ التَّلَبُّسِ بِهِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أَجْرُهُ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عَمِلَ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَامِلُ قَبْلَ إِتِمَامِ الْعَمَلِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ ، حَيْثُ لَمْ يَأْتِ بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْعَوَضُ ، وَيَصِيرُ كَعَامِلِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا فَسَخَ قَبْلَ ظُهُورِ الرَّبْحِ . وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَوَضُ مَعْلُومًا . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَمَلِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى كَوْنِ الْعَمَلِ مَجْهُولًا ، بَأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ وَالْآبِقِ ، وَلَا حَاجَةَ تَدْعُو^(٣) إِلَى جِهَالَةِ الْعَوَضِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْعَمَلَ لَا يَصِيرُ لَازِمًا ، فَلَمْ يَجِبْ كَوْنُهُ مَعْلُومًا ، وَالْعَوَضُ يَصِيرُ لَازِمًا بِإِتِمَامِ الْعَمَلِ ، فَوَجِبَ كَوْنُهُ مَعْلُومًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجُوزَ الْجَعَالَةُ مَعَ جِهَالَةِ الْعَوَضِ ، إِذَا كَانَتِ الْجِهَالَةُ لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْآبِقَ فَلَهُ نِصْفُهُ ، وَمَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثُلُثُهَا . فَإِنْ أَحَدُ قَال : إِذَا قَالَ الْأَمِيرُ فِي الْعَزْوِ : مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ رُغُوسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . جَازَ . وَقَالُوا : إِذَا جَعَلَ جُعْلًا لِمَنْ يَذُلُّهُ عَلَى قَلْعَةٍ ، أَوْ طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وَكَانَ الْجُعْلُ مِنْ مَالِ الْكُفَّارِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا ، كَجَارِيَةِ يُعَيِّنُهَا الْعَامِلُ . فَيُخْرِجُ هُنَا مِثْلَهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجِهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لَمْ تَصِحَّ الْجَعَالَةُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنَ الْبَصْرَةِ ، أَوْ بَنَى لِي / هَذَا الْحَائِطَ ، أَوْ خَاطَ قَمِيصِي هَذَا ، فَلَهُ كَذَا . صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْجِهَالَةِ فَمَعَ الْعِلْمُ أَوَّلَى . وَإِنْ عُلِّقَ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَقَالَ : مَنْ رَدَّ لِي^(٤) عَبْدِي مِنَ الْعِرَاقِ فِي^(٥) شَهْرٍ ، فَلَهُ دِينَارٌ . أَوْ مِنْ خَاطِ قَمِيصِي هَذَا فِي الْيَوْمِ ، فَلَهُ ذِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا جَارَتْ مَجْهُولَةٌ ، فَمَعَ

ظ ١٩٤/٥

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : إلى ؟

التصحيح أولى . فإن قيل : الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة ، فكيف أجزأتموه في الجعالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه ؛ أحدها ، أن الجعالة يحتل فيها القَرَر ، ويجوز مع ^(٦) جهالة العمل والمدة ، بخلاف الإجارة . الثاني ، أن الجعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع القَرَر ضرر ، بخلاف الإجارة ، فإنها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع القَرَر ، لزمه ذلك . الثالث ، أن الإجارة إذا قدرت بمدة ، لزمه العمل في جميعها ، ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل ، فربما عمله قبل المدة ، فإن قلنا : يلزمه العمل في بقية المدة . فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه . وإن قلنا : لا يلزمه . فقد خلا بعض المدة من العمل ، وإن انقضت المدة قبل عمله ، فالزمناه إتمام العمل ، فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل . فما أتى بالمعقود عليه ^(٧) من العمل ^(٨) ، بخلاف مسألتنا ، فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيّد بمدة ، إن أتى به فيها استحق الجعل ، وإلا ^(٩) يلزمه شيء آخر ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شيء له . إذا ثبت هذا ، فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك ، لأنه عوض يستحق بعمل ، فلا يستحقه من لم يعمل ، كالأجر في الإجارة .

فصل : ويجوز أن يجعل الجعل في الجعالة لواحدٍ بعينه ، فيقول له : إن رددت عبيدي فلان دينار . فلا يستحق الجعل من يردّه ^(١٠) سواه . ويجوز أن يجعله لغير معين ، فيقول : من ردّ عبيدي فله دينار . فمن ردّه استحق الجعل . ويجوز أن يجعل لواحدٍ في ردّه شيئاً معلوماً ، ولا آخر أكثر منه أو أقل . ويجوز أن يجعل للمعين ^(١١) عوضاً ، ولسائر الناس عوضاً آخر ؛ لأنه يجوز أن يكون الأجر في الإجارة مختلفاً مع

(٦) سقط من : م .

(٧ - ٨) سقط من : الأصل .

(٨) في الأصل : هـ ولم .

(٩) في الأصل : هـ رده .

(١٠) ق م : وللعين .

التَّسَاوَى فِي الْعَمَلِ ، فَهَهُنَا أُولَى . فَإِنْ قَالَ مَنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ لَقَطَّتِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهَا ثَلَاثَةً ، فَلَهُمُ الدِّينَارُ بَيْنَهُمْ أَثْلَانَا ؛ لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعَوَضُ ، فَاشْتَرَكُوا فِي الْعَوَضِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ قَالَ : مَنْ دَخَلَ هَذَا النَّقْبِ فَلَهُ دِينَارٌ . / فَدَخَلَهُ جَمَاعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِينَارًا كَامِلًا ، فَلِمَ لَا يَكُونُ هُنَا كَذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخُولًا كَامِلًا ، كَدُخُولِ الْمُنْفَرِدِ ، فَاسْتَحَقَّ الْعَوَضَ كَامِلًا ، وَهَهُنَا لَمْ يَرُدَّهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ كَامِلًا ، إِنَّمَا اشْتَرَكُوا فِيهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي عَوَضِهِ . فَتُظَيَّرُ مَسْأَلَةُ الدُّخُولِ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدًا مِنْ عِبِيدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَبْدًا . وَتُظَيَّرُ مَسْأَلَةُ الرَّدِّ مَا لَوْ قَالَ : مَنْ نَقَبَ السَّوَرِ فَلَهُ دِينَارٌ . فَتَقَبَّ ثَلَاثَةٌ نَقَبًا وَاحِدًا ^(١١) . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ فِي رَدِّهَا دِينَارًا ، وَلِآخَرَ دِينَارَيْنِ ، وَلِثَالِثٍ ثَلَاثَةً ، فَرَدَّهُ الثَّلَاثَةُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جَعَلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْمُسَمَّى . فَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ دِينَارًا ، وَلِآخَرَيْنِ ^(١٢) عَوَضًا مَجْهُولًا ، فَرَدَّوهُ ^(١٣) مَعًا ، فَلِصَاحِبِ الدِّينَارِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِالْآخَرَيْنِ أَجْرُ عَمَلِيهِمَا . وَإِنْ جَعَلَ لَوَاحِدٍ شَيْئًا فِي رَدِّهَا ، فَرَدَّهَا هُوَ وَآخَرَانِ مَعَهُ ، وَقَالَا : رَدَدْنَا مُعَاوَنَةً لَهُ . اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْجُعْلِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُمَا ، وَإِنْ قَالَا : رَدَدْنَاهُ لِنَأْخُذَ الْعَوَضَ لَأَنْفُسِنَا . فَلَا شَيْءَ لَهُمَا ، وَلَهُ ثُلُثُ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ ثُلُثَ الْعَمَلِ ، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الْجُعْلِ ، وَلَمْ يَسْتَحَقَّ الْآخَرَانِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُمَا عَمِلَا مِنْ غَيْرِ جُعْلِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ^(١٤) .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ بَلَدٍ كَذَا فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ إِنْسَانٌ مِنْ نَصِيفِ طَرِيقِ ذَلِكَ الْبَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نَصِيفَ الْجُعْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ نَصِيفَ الْعَمَلِ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في م : ٥ : وَآخَرَيْنِ .

(١٣) في م : ١ : فَرَدَّهُ .

(١٤) في الأصل : مَخَالَفًا .

مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدُّ أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ .
وإن رَدَّ الْعَبْدَ مِنْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمُسَمَّى ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ فِي رَدِّهِ مِنْهُ شَيْئًا ، فَأُشْبِهَ
مَا لَوْ جَعَلَ فِي رَدِّ أَحَدِ عَبْدَيْهِ شَيْئًا فَرَدُّ الْآخَرَ . وَلَوْ قَالَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي فَلَهُ دِينَارٌ . فَرَدَّهُ
إِنْسَانٌ إِلَى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ الْجُعْلَ بِرَدِّهِ ،
وَلَمْ يَرُدَّهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ . كَالْوَأَسْتَأْجَرَةِ^(١٥) لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، فَخَاطَهُ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ
حَتَّى تَلِفَ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ أَجْرَهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ كَانَ الْجَاعِلُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لَقَطِيَّ فَلَهُ
دِينَارٌ . فَقَدْ وَجَدَ الْوِجْدَانُ ؟ قُلْنَا : قَرِينَةُ الْحَالِ تُدَلُّ عَلَى اشْتِرَاطِ الرُّدِّ ،^(١٦) إِذَا
الْمَقْصُودُ الرُّدُّ^(١٧) الْوِجْدَانُ الْمُجَرَّدُ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِذِكْرِ الْوِجْدَانِ لِأَنَّهُ سَبَبُ
الرُّدِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : مَنْ وَجَدَ لَقَطِيَّ فَرَدَّهَا عَلَيَّ .

فصل : وَالْجُعَالَةُ تُسَاوِي الْإِجَارَةَ فِي اعْتِبَارِ الْعِلْمِ بِالْعَوَضِ ، وَمَا كَانَ عَوَضًا فِي
الْإِجَارَةِ / جَازَ أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي الْجُعَالَةِ ، وَمَا لَا فَلَ ، وَفِي أَنْ مَا جَازَ أَخَذَ الْعَوَضِ ١٩٥/٥ ط
عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ مِنَ الْأَعْمَالِ ، جَازَ أَخْذُهُ عَلَيْهِ فِي الْجُعَالَةِ ، وَمَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ
عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ ، مِثْلُ الْغِنَاءِ وَالزَّمْرِ وَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجُعْلِ عَلَيْهِ ،
وَمَا يَخْتَصُّ فَاعِلَهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ ، مِمَّا لَا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ^(١٨) فَاعِلَهُ ، كَالصَّلَاةِ
وَالصَّيَامِ ، لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْجُعْلِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَتَعَدَّى نَفْعُهُ ، كَالْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ
وَالْحَجِّ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، كَالرَّوَاتِبِينَ فِي الْإِجَارَةِ . وَيُفَارِقُ الْإِجَارَةَ فِي أَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ ،
وَهِيَ لَازِمَةٌ ، وَأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِالْمُدَّةِ ، وَلَا بِمِقْدَارِ الْعَمَلِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ قُوعُ الْعَقْدِ
مَعَ وَاحِدٍ مُعَيَّنٍ . فَعَلِيَ هَذَا مَتَى شَرَطَ عَوَضًا مَجْهُولًا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ رَدَدْتَ عَبْدِي فَلَكَ
ثَوْبٌ ، أَوْ فَلَكَ سَلْبَةٌ . أَوْ شَرَطَ عَوَضًا مُحَرَّمًا ، كَالْخَمْرِ وَالْحُرِّ ، أَوْ غَيْرِ مَقْذُورٍ عَلَيْهِ ،

(١٥) في م : : استأجر .

(١٦ - ١٧) في م : : والمقصود هو الرد .

(١٧) في الأصل : : نفع .

كقوله : من ردَّ عبدي فله ثلثه ، أو من ردَّ عبدي فله أحدُهُما . فردَّه إنسان استحقَّ
أجر المثل ؛ لأنه عملٌ عملاً بعوضٍ لم يسلم له ، فاستحقَّ ^(١٨) أجر المثل ^(١٩) ، كما في
الإجازة .

فصل : ومن ردَّ لقطه أو ضالَّةً ، أو عملٍ لغيره عملاً غير ردِّ الآبق ، ^(٢٠) بغير
جعل ^(٢١) ، لم يستحقَّ عوضاً . لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه عملٌ يستحقُّ به العوضُ
مع المعاوضة ، فلا يستحقُّ مع عديمها ، كالعمل في الإجازة . فإن اختلفا في الجعل ،
فقال : جعلت لي في ردِّ لقطتي كذا . فأنكر المالك ، فالقول قولُه مع يمينه ؛ لأن الأصل
معه . وإن اتفقا على العوض ، واختلفا في قدره ، فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدمُ
الرَّائِدِ المُخْتَلِفِ فيه ، ولأن القول قولُه في أصلِ العوض ، فكذلك في قدره ، كَرَبِّ
المال في المضاربة . ويَحْتَمِلُ أن يَحْتَالَفا ، كالمُتَبَايَعِينَ إذا اختلفا في قدر الثمن ،
والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر ^(٢٢) الأجر . فعلى هذا إن تحالفا فبيع العقد ،
ووجب أجر المثل . وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة ، فقال : جعلت لك الجعل
على ردِّها من حلب . فقال : بل على ^(٢٣) ردِّها من ^(٢٤) حمص . وإن اختلفا في عين العبد
الذي جعل الجعل في ردِّه ، فقال : ردَّدتُ العبد الذي شرطت لي الجعل فيه . قال :
بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم تُردِّه . فالقول قول المالك ؛ لأنه أغلَمَ بشرطه ،
ولأنه ادَّعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره ، والأصل عدمُ الشرط .

فصل : ^(٢٥) فأما ردُّ ^(٢٦) العبد الآبق ، فإنه يستحقُّ الجعل بِردِّه وإن لم يشرط له .
روى هذا عن عمر / ، وعلى ، وابن مسعود . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ،
ومالك ، وأصحاب الرأي . وقد روى عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك . قال ابنُ

و ١٩٦/٥

(١٨ - ١٨) في م : : أجره .

(١٩ - ١٩) في الأصل : : بجعل .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) في م : : رده .

(٢٢ - ٢٢) في م : : أما .

متصوّر: سئل أحمد عن جعل الآبق؟ فقال: لا أدرى، قد تكلم الناس فيه. لم يكن
عنده فيه حديث صحيح. فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه، وهو ظاهر قول الخرقي فإنه
قال: «وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه». ولم يذكر جعلًا. وهذا
قول النخعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنه عمل لغيره عملًا من غير أن يشترط له
عوضًا، فلم يستحق شيئًا، كما لو ردّ جملة الشارد. ووجه الرواية الأولى، ما روى
عمرو بن دينار، وابن أبي مليكة، أن النبي ﷺ جعل في جعل الآبق، إذا جاء به خارجًا
من الحرم، دينارًا^(٢٣). وأيضًا فإنه قول من سئنا من الصحابة، ولم نعرف لهم في
زمنهم مخالفاً، فكان إجماعاً. ولأن في شرط الجعل في ردّهم خطأ على ردّ الأباقي،
وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب، وردّتهم عن دينهم، وتقوية أهل الحرب
بهم، فينبغي أن يكون مشروعا لهذه المصلحة. وبهذا فارق ردّ الشارد، فإنه لا يفضي
إلى ذلك. والرواية الأخرى أقرب إلى الصحة^(٢٤)؛ لأن الأصل عدم الوجوب،
والخبر المروى في هذا مرسل، وفيه مقال، ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس، فإنه
لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه، ولا تحققت أيضا، فإنه ليس
الظاهر حرّهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها، إذا كانت قرية، وهذا بعيد فيهم.
فأما على الرواية الأولى، فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل، فروى عن أحمد أنه عشرة
دراهم، أو دينار، إن رده من المصر، وإن رده من خارج، ففيه روايتان؛ إحداهما،
بأنه دينار، لو اتى عشر درهما، للخبر المروى فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر
وعلى^(٢٥)، رضى الله عنهما. والثانية، له أربعون درهماً إن رده من خارج
المصر. اختارها الخلال، وهو قول ابن مسعود، وشريح، فروى أبو عمرو^(٢٦)

(٢٣) أخرجه ابن أبي شيبة، في كتاب البيوع والأفضية. المصنف ٥٤٠/٦، ٥٤٢، ٥٤٣.

(٢٤) في م: المصلحة ١.

(٢٥) سقط من م.

(٢٦) في النسخ: أبو عمر. وهو إسحاق بن مرار اللغوي الكوفي المتوفى سنة عشرين ومائتين. المعبر ٣٥٨/١.

الشَّيْبَانِي قَالَ : قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ : إِنِّي أَصَبْتُ عَيْبًا أَبَاقًا ^(٢٧) . فَقَالَ : لَكَ أَجْرٌ وَغَنِيمَةٌ . فَقُلْتُ : هَذَا الْأَجْرُ ، فَمَا الْغَنِيمَةُ ؟ قَالَ : مِنْ كُلِّ رَأْسٍ أَرْبَعِينَ ذِرْهَمًا ^(٢٨) . وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ ^(٢٩) : أَعْطَيْتُ الْجُعْلَ فِي زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أَرْبَعِينَ ذِرْهَمًا . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ مُسْتَفِيزٌ فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ . قَالَ الْخَلَّالُ : / حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ أَصَحُّ إِسْنَادًا . وَرَوَى عَنْ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا وَجَدَهُ عَلَى مَسِيرَةٍ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ دَنَابِيرَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ رَدَّهُ مِنْ مَسِيرَةٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرْهَمًا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ دُونِ ذَلِكَ ، يَرْضَخُ لَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَكَانِ الَّذِي تَعْنَى ^(٣٠) إِلَيْهِ . وَلَا فَرْقَ عِنْدَ إِمَامَيْنَا بَيْنَ أَنْ يَزِيدَ الْجُعْلُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ لَا يَزِيدَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَلِيلَ الْقِيَمَةِ نَقَصَ الْجُعْلُ عَنْ ^(٣١) قِيَمَتِهِ ذِرْهَمًا ، لِثَلَاثَةِ يَمُوتَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ جَمِيعُهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ، وَلَآئِهْ جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فِي رَدِّ الْآبِقِ ، فَاسْتَحَقَّهُ وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ جَعَلَهُ لَهُ صَاحِبُهُ ، وَيَسْتَحَقُّهُ إِنْ مَاتَ سَيِّدُهُ ^(٣٢) فِي تَرْكِتِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : إِنْ كَانَ الَّذِي رَدَّهُ مِنْ وَرَثَةِ الْمَوْلَى ، سَقَطَ الْجُعْلُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عِوَضٌ عَنْ عَمَلِهِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْمَوْتِ ، كَالْأَجْرِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ مِنْ غَيْرِ وَرَثَةِ الْمَوْلَى . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ مَنْ رَدَّهُ مَعْرُوفًا بِرَدِّ الْآبِقِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِذَلِكَ ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَنَا الْخَبَرُ ، وَالْأَثَرُ الْمَذْكُورُ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ ، وَلَآئِهْ رَدُّ آبِقًا ، فَاسْتَحَقَّ الْجُعْلَ ، كَالْمَعْرُوفِ بِرَدِّهِمْ .

(٢٧) في م : آبق .

(٢٨) أخرجه ابن أبي شيبة ، في كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الجعل في الآبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٢٩) لعله يعني السبيعي عمرو بن عبد الله . انظر ترجمته في التهذيب ٦٣/٨ .

(٣٠) في الأصل : يعني ، وفي م : لمعنى .

(٣١) في م : من .

(٣٢) سقط من م .

فصل : ويجوز أخذ الآبق لمن وجده . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا تعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب ، وارتداده ، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد ، بخلاف الصّوال التي تحفظ نفسها . فإذا أخذته فهو أمانة في يده ، إن تلف بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه ، دفعه (٣٣) إليه إذا أقام به البيّنة ، أو اعترف العبد أنه سيّده . وإن لم يجد سيّده ، دفعه إلى الإمام أو نائبه ، فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه ، ونحو ذلك قال مالك ، وأصحاب الرأي ، ولا تعلم لهم (٣٤) مخالفاً . وليس لمُتقِطه بيعه ولا تملكه بعد تفريطه ؛ لأن العبد يتحفظ بنفسه ، فهو كصّوال الإبل . فإن باعه ، فالبيع فاسد ، في قول عامة أهل العلم ، منهم : أبو حنيفة ، والشافعي . وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه ، فجاء سيّده فاعترف أنه كان أعتقه ، قبل منه ؛ لأنه لا يجزئ إلى نفسه بهذا نفعا ، ولا يندفع عنها ضرراً . ويحتجّل أن لا يقبل ؛ لأنه ملك لغيره ، فلا يقبل إقراره في ملك غيره ، كما لو باعه السيّد ثم أقر / بعتقه . فعلى هذا ليس لسيّده أخذ ثمنه ؛ لأنه يقر أنه حرٌّ . ولا يستحق ثمنه ، ولكن يؤخذ إلى بيت المال ؛ لأنه مستحق (٣٥) له ، فهو كتركته من مات ولا وراث له . فإن عاذ السيّد فأكرّ العتق ، وطلب المال ، دفع إليه ؛ لأنه لا متنازع له فيه .

و ١٩٧/٥

فصل : وإذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ، فأقام سيّده بيّنة عند حاكم بلد آخر أن فلاناً الذي صفته كذا وكذا ، واستقصى صفاته ، عبد فلان بن فلان (٣٦) أبق منه ، فقبل الحاكم بيّنته ، وكتب الحاكم (٣٧) إلى الحاكم الذي عنده العبد : ثبت عندي إباق فلان الذي صفته كذا وكذا . قبل كتابه ، وسلم إليه العبد . وهذا قول

(٣٣) ق م : دفع .

(٣٤) ق م : فيه .

(٣٥) في الأصل : لا يستحق .

(٣٦) ق م زيادة : فلا .

(٣٧) سقط من : الأصل .

أبي يوسف ، وأحد قولي الشافعي ، إلا أن أبا يوسف قال : يأخذ به كثيراً ، لأنَّ اليَنة أثبتته بصرفاته ، كما ثبت في الذمة يوصفه في السلم . وقال أبو حنيفة ، وعحمد : لا يجب تسليمه ؛ لأنهم لا يشهدون على غيره ، وإنما يشهدون بالصفات ، وقد تثقُّ الصفات مع اختلاف الأعيان ، ويُفارق المسلم فيه ، فإنَّ الواجب أقلُّ ما يوجد منه (٣٨) الصفة ، وهو غير مُعَيَّن . ولنا ، أنه يُقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ، ويُؤخذ المحكوم عليه بالحق ، وليس ثمَّ شهادة على غيره ، وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته ، فكذا ههنا ، إذا ثبت وجوب تسليمه ، فإنَّ الحاكم الذي يسلمه يَحْتِمُ في عتقه خيطاً ضيقاً لا يخرج من رأيه ، وينفعه إلى المدعى أو وكيله ، ليحيله إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود على غيره ، فإنَّ شهدوا بعينه ، سلم إلى مدعيه ، وإن لم يشهدوا وجب (٣٩) رده إلى الحاكم الأول ، ويكون في ضمان الذي أخذه ؛ لأنه أخذه بغير استحقاق .

٩٤٦ - مسألة : قال : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فَرُدَّهَا لِعَلَّةِ الْجُعْلِ ، لَمْ يَجْزَ لَهُ اخْتُذُ)

إنما كان كذلك ؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يُلْقَها الجعل ، فقد التقطها بغير عوض ، وعَمِلَ في مال غيره بغير جعل جُعِلَ ، فلا يستحق شيئاً ، كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئاً . وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل ؛ فإنه إنما يَدَلُّ منافعه بعوض جعل له ، فاستحققه ، كالأجير إذا عَمِلَ بعد العقد . وسواء كان التقاطها لها بعد الجعل أو قبله ؛ لما ذكرنا . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ لأنَّ الردَّ واجب عليه من غير عوض ، فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر الواجبات . وإنما يأخذ الملتقط ، في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح . إذا ثبت هذا ، فإنَّ ملتقطها قبل

١٩٧/٥ ظ

(٣٨) في الأصل : فيه .

(٣٩) في م : واجب .

أَنْ يَنْلُغَهُ الْجُعْلُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ، سَوَاءَ رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ أَوْ لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَسْتَحِقَّهُ
مَعَ قَصْدِهِ إِيَّاهُ ، وَعَمَلِهِ مِنْ أَجْلِهِ ، فَلَا نَّ لَا يَسْتَحِقُّهُ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوَّلَى . وَإِنَّمَا ذَكَرَ
الْخَرَقَى رَدَّهَا لِإِلْعَالِ الْجُعْلِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، لِئَنَّهُ بِهِ عَلَى عَدَمِ اسْتِحْقَاقِهِ فِيمَا إِذَا رَدَّهَا لغيرِ
عِلَّتِهِ ، وَلَأَنَ الْحَاجَةَ إِنَّمَا تَدْعُو إِلَى مَعْرِفَةِ الْحُكْمِ فِي مَنْ يُرِيدُ الْجُعْلَ ، أَمَّا مَنْ تَرَكَهُ وَلَا
يُرِيدُهُ ، فَلَا يَقَعُ التَّنَازُعُ فِيهِ غَالِبًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٤٧ - مسأله : قال : (وَإِنْ كَانَ الَّذِي وَجَدَ اللَّقْطَةَ سَفِيهَاً أَوْ طِفْلاً ، قَامَ وَلِيُّهُ
بِتَقْرِيفِهَا ، فَإِنْ تَمَّتِ السَّنَةُ ، ضَمَّهَا إِلَى مَالٍ وَاجِدَهَا)

وجملة ذلك أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ وَالسَّفِيَّ ، إِذَا التَّقَطَّ أَحَدُهُمْ لَقْطَةً ، ثَبَّتَ يَدَهُ
عَلَيْهَا ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّ هَذَا تَكَسُّبٌ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَالِاصْطِيَادِ وَالِاخْتِطَابِ .
وَإِنْ تَلَفَتْ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَقْرِيفٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ أَخَذَهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ
بِتَقْرِيفِهِ ، ضَمِنَهَا فِي مَالِهِ . وَإِذَا عَلِمَ بِهَا وَلِيُّهُ ، لَزِمَهُ اخْتُدْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ
وَالْأَمَانَةِ ، فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ حِفْظُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الصَّبِيِّ ، وَهَذَا
يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّهُ ، فَإِذَا تَرَكَهَا فِي يَدِهِ كَانَ مُضَيِّعًا لَهَا ، وَإِذَا أَخَذَهَا الْوَلِيُّ ، عَرَّفَهَا ؛ لِأَنَّ
وَاجِدَهَا لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التَّعْرِيفِ ، فَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، دَخَلَتْ فِي مِلْكِ
وَاجِدَهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ تَمَّ شَرْطُهُ ، فَيُثْبِتُ الْمِلْكُ لَهُ ، كَمَا لَوْ اصْطَادَ صَيْدًا . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَهُ قَالُوا : إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فَكَانَ الصَّبِيُّ
وَالْمَجْنُونُ بِحَيْثُ يُسْتَقْرَضُ لهما ، يَتَمَلَّكُهُ لهما ، وَالْأَفْلا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَتَمَلَّكُهُ لهما
بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ ^(١) صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ تَمَلُّكُهُ مَصْلَحَةً ^(٢) لَهُ . وَلَنَا ،
عُمُومُ الْأَخْبَارِ ، وَلَوْ جَرَى هَذَا مَجْرَى الْأَقْتِرَاضِ ^(٣) لَمَا صَحَّ اتِّقَاطُ صَبِيٍّ لَا يَجُوزُ
الْأَقْتِرَاضُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مَالٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ .

(١) فِي الْأَصْلِ : رَجُوعٌ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : لِمَصْلَحَةٍ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : الْإِقْرَاضُ .

فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن موسى ^(٤) ، في غلام له عشر سنين ،
 التَّقَطُّ لَقَطَةً ، ثم كَبِرَ : فإن وَجَدَ صاحبها دَفَعَهَا إليه ، وَلَا تَصَدَّقْ بها . قد مَضَى ^(٥)
 أَجَلُ التَّعْرِيفِ فيما تَقَدَّمَ من السِّنِّينَ ، ولم يَرُدَّ عليه اسْتِئْثَالُ أَجَلِ التَّعْرِيفِ . قال : وقد
 كنت سَمِعْتُهُ قَبْلَ هذا أو بَعْدَهُ يقول في الْقَضَاءِ أَجَلُ التَّعْرِيفِ إذا لم يَجِدْ صاحبها ^(٦) :
 أَيَصَدَّقُ بِمَالِ الْغَيْرِ ! وهذه الْمَسْأَلَةُ قد مَضَى نَحْوُهَا فيما إذا لم يُعْرِفِ الْمُتَّقِطُ اللَّقَطَةَ
 في حَوْلِهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا وَإِنْ عَرَفَهَا فيما بَعْدَ ذلك ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بَعْدَهُ لَا يُفِيدُ ظَاهِرًا ،
 لِكَوْنِ صاحبها يَتَسَمَّى مِنْهَا ، وَتَرَكَ طَلَبَهَا . وهذه الْمَسْأَلَةُ تُدُلُّ على أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ التَّعْرِيفَ
 لِمُذَرٍّ ، كَانَ كَثْرَتُهُ لَغَيْرِ غُذَرٍ ؛ لِكَوْنِ الصَّبِيِّ مِنْ أَهْلِ الْعُذْرِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي هَذَا رَجْهَيْنِ
 فيما تَقَدَّمَ . وقال أحمد ، في غلام لم يَبْلُغْ ، أَصَابَ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، فَذَهَبَ بِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ ،
 فَضَاعَتْ ، فَلَمَّا بَلَغَ أَرَادَ رَدَّهَا ، فَلَمْ يَعْرِفْ صاحبها : تَصَدَّقْ بها ، وَإِنْ لم يَجِدْ عَشْرَةَ ،
 وَكَانَ يُجْحِفُ بِهِ ، تَصَدَّقْ قَلِيلًا قَلِيلًا . قال القاضي : معنى هذا أَنَّهَا تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِ
 الصَّبِيِّ ، وَهُوَ أَنَّهُ لم يُعْلِمْ وَلِيَّهُ حَتَّى يَقُومَ بِتَعْرِيفِهَا .

فصل : وَإِذَا وَجَدَ الْعَبْدُ لَقَطَةً ، فَلَهُ اخْتِذَاهَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيَصِحُّ التَّقَاطُ . وبهذا
 قال أبو حنيفة ، وهو أَخَذَ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وقال في الْآخَرِ ^(٧) : لَا يَصِحُّ التَّقَاطُ ؛ لِأَنَّ
 اللَّقَطَةَ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ ^(٨) أَمَانَةٌ وَوِلَايَةٌ ، وَفِي ^(٩) الثَّانِي تَمْلُكٌ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ
 الْوِلَايَاتِ وَلَا الْمِلْكِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ الْإِتْقَانَ سَبَبُ يَمْلُكُ بِهِ الصَّبِيُّ
 وَيَصِحُّ مِنْهُ ، فَصَحَّ مِنَ الْعَبْدِ ، كَالْإِتْقَانِ وَالْإِصْطِيَادِ ، وَلِأَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ قَبُولُ

(٤) أي العباس بن محمد بن موسى . وتقدمت ترجمته .

(٥) في م : أمضى .

(٦) في الأصل : صاحبه .

(٧) في م : الآخذ ، تحريف .

(٨ - ٩) في م : أمانة ولاية في .

الْوَدِيعَةِ ، صَحَّ مِنْهُ الْإِتِّقَاطُ ، كَالْحَرِّ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَاتِ
وَالْأَمَانَاتِ . يَطْلُبُ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونِ ، فَإِنَّهُمَا أُذُنِي حَالًا مِنْهُ فِي هَذَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ
الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ . مَمْنُونٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا يَخْصُلُ «بِسَائِرِ
الْإِكْسَابِ»^(٩) ، وَلِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ تَخْلِيصُ مَالٍ مِنَ الْهَلَاكِ ، فَجَازَ مِنَ الْعَبْدِ بغيرِ إِذْنِ
سَيِّدِهِ ، كَمَا يُقَازِ الْمَالُ الْعَرِيقَ وَالْمَغْصُوبَ . إِذَا بَيَّنَّ هَذَا ، فَإِنَّ التَّقَطُّ الْعَبْدُ لِقَطْعَةٍ كَانَتْ
أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، إِنْ تَلَفَتْ بِغيرِ تَفْرِيطٍ فِي حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ تَلَفَتْ
بِتَفْرِيطٍ^(١٠) أَوْ إِثْلَافٍ ، وَجَبَ ضَمَانُهَا فِي رَقَبَتِهِ ، كَسَائِرِ جَنَائِيَّاتِهِ . وَإِنْ عَرَفَهَا ، صَحَّ
تَعْرِيفُهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَوْلًا صَحِيحًا ، فَصَحَّ تَعْرِيفُهُ ، كَالْحَرِّ ، فَإِذَا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ،
مَلَكَهَا سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِتِّقَاطَ كَسَبُ الْعَبْدِ ، وَكَسَبُهُ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ عَلِمَ السَّيِّدُ بِلِقْطَةِ
عَبْدِهِ ، كَانَ لَهُ انْتِزَاعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَيِّدِ انْتِزَاعُ كَسَبِهِ مِنْ يَدِهِ ،
فَإِذَا انْتَزَعَهَا بَعْدَ أَنْ عَرَفَهَا الْعَبْدُ مَلَكَهَا ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْرِفَهَا ، عَرَفَهَا سَيِّدُهُ حَوْلًا كَامِلًا ،
وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عَرَفَهَا بَعْضَ الْحَوْلِ / ، عَرَفَهَا السَّيِّدُ تَمَامَهُ . فَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ إِقْرَارَهَا
فِي يَدِ عَبْدِهِ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَمِينًا جَازًا ، وَكَانَ السَّيِّدُ مُسْتَعِينًا بِعَبْدِهِ فِي
حِفْظِهَا ، كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ غَيْرَ أَمِينٍ ، كَانَ السَّيِّدُ مُفَرِّطًا
بِإِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، كَمَا لَوْ أَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ
كَيِّدَةٌ ، وَمَا يَسْتَحِقُّ بِهَا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ . وَإِنْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ بَعْدَ الْإِتِّقَاطِ ، فَلَهُ انْتِزَاعُ
الْلِقْطَةِ مِنْ يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ كَسَبِهِ ، وَأَكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ . وَمَتَى عَلِمَ الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ غَيْرُ
مَأْمُونٍ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، وَتَسْلِيمُهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيُعْرِفَهَا ، ثُمَّ يَذْفَعَهَا إِلَى سَيِّدِهِ
بِشَرْطِ الضَّمَانِ . فَإِنْ أَعْلَمَ سَيِّدُهُ بِهَا ، فَلَمْ يَأْخُذْهَا مِنْهُ ، أَوْ أَخَذَهَا فَعَرَفَهَا وَأَدَّى الْأَمَانَةَ
فِيهَا فَتَلَفَتْ فِي الْحَوْلِ الْأَوَّلِ بِغيرِ تَفْرِيطٍ^(١١) ، فَلَا ضَمَانَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَلَفْ بِتَفْرِيطٍ

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « سَائِرِ الْإِكْسَابَاتِ » .

(١٠) ق م : « بِتَفْرِيطِهِ » .

(١١) ق م : « تَفْرِيطُهُ » .

من أحدهما، وإن لم يؤد الأمانة فيها، وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقة العبد وديمة السيد جميعاً؛ لأن التفریط حصل منهما جميعاً.

فصل : والمكاتب كالحُر في اللقطة ؛ لأن المال له في الحال ، وأكسابه له دون سيده ، واللقطة من أكسابه^(١٢) ، فإن عجز عاذ عيذاً ، وصار حكمه في اللقطة حكم العبد ، على ما مرّ بيانه . وأم الولد ، والمُعلّق عتقه بصفقة ، والمدبر ، كالقن . ومن نصفه حر إذا التقط شيئاً ، ولم يكن بينه وبين سيده مهياةً ، فهو بينهما بعد التعريف نصفين^(١٣) ، كسائر أكسابه ، وهي بينهما في حوّل التعريف كالحرين إذا^(١٤) التقطاً لقطة ، وإن كان بينهما مهياةً ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، لا تدخل في المهياة ؛ لأنها كسب نادر ، لا يعلم وجوده ولا يظن ، فلم تدخل في المهياة ، وتكون بينهما . والثاني : تدخل في المهياة ؛ لأنها من كسبه ، فأشبهت سائر أكسابه ، فإن وجدها في يومه فهي له ، وإن وجدها في يوم سيده فهي له ، وإن كان العبد مشتر كأمين اثنين ، فلقطته بينهما ، على ما ذكرنا في من بعضه حر وبعضه رقيق .

فصل : والذمي في الاتقاط كالمسلم . ومن أصحاب الشافعي من قال : ليس له الاتقاط في دار الإسلام ؛ لأنه ليس من أهل الأمانة . ولنا ، أنها نوع أكساب ، فكان من أهلها ، كالحر والاختطاب . وما ذكروه يطل بالصبي والمجنون ، فإنه يصبح التقاطهما ، مع عدم الأمانة . إذا ثبت هذا ، فإنه إن عرّف اللقطة حولاً كاملاً^(١٥) ، ملكها كالمسلم / ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان ، أقرها في يده ، وضّم إليه مشرفاً عذلاً بشرّف عليه ، ويعرّفها ؛ لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ، ولا نأمنه أن يدخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه ، وأجر المشرف عليه ، فإذا

و ١٩٩/٥

(١٢) في م : : أكسابه .

(١٣) أي يقسم نصفين .

(١٤) سقط من : م .

ثُمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ مَلَكَهَا الْمُتَقَطُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَنْتَزِعَ مِنْ يَدِ الذَّمِّ ، وَتُوضَعَ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَيْهَا .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَيْسَ بِأَيِّمٍ أَنْ لَا يَأْخُذَ اللَّقْطَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُ نَفْسَهُ لِلْأَمَانَةِ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، فَإِنَّ التَّقَطُّ صَحَّ الْتِقَاطُهُ ؛ لِأَنَّهَا جِهَةٌ مِنْ جِهَاتِ الْكَسْبِ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْكَسْبِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ الْتِقَاطُ الْكَافِرِ ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ، فَإِذَا التَّقَطُّهَا فَعَرَّفَهَا حَوْلًا ، مَلَكَهَا كَالْعَدْلِ . وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ أَوْ السُّلْطَانُ بِهَا ، أَقْرَاهَا فِي يَدِهِ ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفًا يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، وَيَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا ، كَمَا قُلْنَا فِي الذَّمِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَأَمُّنُهُ عَلَيْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ، وَقَالَ فِي الْآخَرِ : يَنْزِعُهَا مِنْ يَدِهِ ، وَيَضَعُهَا فِي يَدِ عَدْلٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ حُلِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَدِيعَةِ ، لَمْ تَزَلْ يَدُهُ عَنِ اللَّقْطَةِ ، كَالْعَدْلِ ، وَالْحِفْظُ يَنْحَصِلُ بِضَمِّ الْمُشْرِفِ ^(١) إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ الْمُشْرِفُ حِفْظَهَا مِنْهُ ، انْتَزَعَتْ مِنْ يَدِهِ ، وَتَرَكَتْ فِي يَدِ عَدْلٍ ، فَإِذَا عَرَّفَهَا وَتَمَّتِ السُّنَّةُ ، مَلَكَهَا مُتَقَطُّهَا ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْمِلْكِ وَجَدَ مِنْهُ .

٩٤٨ - مسألة : قَالَ : (وَإِذَا وَجَدَ الشَّاةُ بِيَمِينٍ ، أَوْ يَمَهْلِكَةً ، فَهِيَ لِقَطَّةٌ)

يعْنِي أَنَّهُ يُبَاحُ أَخْذُهَا وَالتَّقَاطُهَا ، وَحُكْمُهَا إِذَا أَخْذَهَا حُكْمُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، فِي التَّعْرِيفِ وَالْمِلْكِ بَعْدَهُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، وَقَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا ^(٢) عَلَى أَنَّ ضَالَّةَ الْقَنَمِ فِي الْمَوْضِعِ الْمَخُوفِ عَلَيْهَا لَهْ أَكْلُهَا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِهِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَهِيَ الثَّغْلُبُ ، وَابْنُ آوَى ، وَالدُّثْبُ ^(٣) ، وَوَلَدُ الْأَسَدِ ^(٤) وَنَحْوَهَا . فَمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْهَا ، كَفُصْلَانِ الْإِبِلِ ، وَعُجُولِ الْبَقَرِ ، وَأَفْلَاءِ ^(٥) الْخَيْلِ ، وَالدَّجَاجِ ، وَالْإِوَرُ وَنَحْوَهَا ،

(١٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : عَلَيْهِ .

(١) فِي م : أَجْمَعُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : وَالدَّبِ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : وَالْأَمْدُ .

(٤) الْفُلُو : وَلَدُ الْفَرَسِ .

يجوز التقاطه . ويروى عن أحمد رواية أخرى ، ليس لغير الإمام التقاطها . وقال الليث : ابن سعيد : لا أحب أن يقرَّبها ، إلا أن يحوزها^(٥) لصاحبها ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لا يؤوى الضالة إلا ضالاً »^(٦) . ولأنه حيوان أشبه الإبل . ولنا ، قول النبي ﷺ ، لما سئل عن الشاة : « خذها ، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » . متفق عليه^(٧) . ولأنه يُحشَى عليه التلُّف والضَّياعُ / ، فأشبهه لُقطة غير الحيوان ، وحديثنا أخص من حديثهم ، فتحصه به ، والقياس على الإبل لا يصح ؛ فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها جذاءها وسقاءها ، وهذا معدوم في الغنم ، ثم قد فرق النبي ﷺ بينهما في خبر واحد ، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك فيه^(٨) . إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بهلكتة . وقال مالك ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، في الشاة تُوجد في الصخراء : اذبحها ، وكلها . وفي المِصر : ضمها حتى يجدها صاحبها ؛ لأن النبي ﷺ قال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . والذئب لا يكون في المِصر . ولنا ، أن النبي ﷺ قال : « خذها » . ولم يفرق ، ولم يستفصل ، ولو افرق^(٩) الحال لسأل واستفصل^(١٠) ، ولأنها لُقطة ، فاستوى فيها المِصر والصخراء ، كسائر اللقطات .^(١١) وقولهم : إن الذئب لا يكون إلا في الصخراء . قلنا : كونها للذئب في الصخراء لا يمنع^(١٢) كونها لغيره في المِصر . إذا ثبت هذا ، فإنه متى عرفها حولا كاملاً ،

ظ ١٩٩/٥

(٥) في م : « يحوزها » .

(٦) أخرجه مسلم ، في : باب في لقطة الحاج ، من كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . وأبو داود ، في : كتاب اللقطة : سنن أبي داود ٣٩٩/١ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في الضوال ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٥٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المستدرك ١١٧/٤ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « منه » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « أو استفصل » .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

ملكها . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، عن أحمد ، رواية أخرى ، أنه لا يملكها .
ولعلمها الرواية التي منع من التقاطها فيها . ولنا ، قول النبي ﷺ : « هِيَ لَكَ أَوْ
لَأُخِيكَ » . فاضافها إليه بلام التملك ^(١٢) ، ولأنها يتأخ ^(١٣) التقاطها ، فملكك
بالتعريف ، كالآثان ، ولأن ذلك إجماع ، حكاه ابن عبد البر .

**فصل : ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء ؛ أكلها في الحال . وبهذا قال مالك ، وأبو
حنيفة ، والشافعي ، وغيرهم . قال ابن عبد البر : أجمعوا على أن ضالة الغنم ، في
الموضع ^(١٤) المخوف عليها ، له أكلها . والأصل في ذلك قول النبي ﷺ : « هِيَ
لَكَ أَوْ لَأُخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ » . فجعلها له في الحال ، وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب
لا يستأني ^(١٥) بأكلها ، ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الإنفاق عليها ، وحراسة
لماليتها على صاحبها إذا جاء ، فإنه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص ، وفي إنفاقها
تضييع للمال بالإنفاق عليها ، والغرامة في علقها ، فكان أكلها أولى . ومتى أراد أكلها
حفظ صفتها ، فمتى جاء صاحبها غرمها له ، في قول عامة أهل العلم ، إلا مالكا ،
فإنه قال : كلها ، ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف ؛ لقول النبي ﷺ : « هِيَ
لَكَ » . ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما ، وسوى بينه وبين الذئب ، والذئب لا يعرف
ولا يعرف . قال ابن عبد البر : لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله . وقول النبي
ﷺ / في حديث عبد الله بن عمرو : « رُدَّ عَلَى أُخِيكَ ضَالَّتُهُ » ^(١٦) . دليل على أن
الشة على ملك صاحبها ، ولأنها لقطة لها قيمة ، وتتبعها النفس ، فتجب غرامتها
لصاحبها إذا جاء كغيرها ، ولأنها ملك لصاحبها ، فلم يجوز تملكها عليه بغير عوض
من غير رضاه ، كما لو كانت بين البثيان ، ولأنها عين يجب ردّها مع بقائها ، فوجب**

(١٢) في م : التملك .

(١٣) في الأصل : مباح .

(١٤) في م : الموضع .

(١٥) في الأصل : يتأني . ولعلمها : يتأني .

(١٦) أخرجه الطحاوي . شرح معاني الآثار ١٣٥/٤ .

غَرَمَهَا إِذَا تَلَفَهَا ، كَلْقَطَةَ الذَّهَبِ . وقول النبي ﷺ : « هِيَ لَكَ » . لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ غَرَامَتِهَا ، فَإِنَّهُ قَدْ أُذِنَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ بَعْدَ تَغْرِيفِهَا ، فِي أَكْلِهَا وَإِنْفَاقِهَا ، وقال : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ »^(١٧) . ثُمَّ أَجْمَعْنَا عَلَى وَجُوبِ غَرَامَتِهَا ، كَذَلِكَ الشَّاةُ ، وَلَا فَرْقَ فِي إِبَاحَةِ أَكْلِهَا بَيْنَ وَجْدَانِهَا فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ فِي الْبَصْرِ . وقال مالك ، وأبو عُبَيْد ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : لَيْسَ لَهُ أَكْلُهَا فِي الْبَصْرِ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ نَيْعُهَا ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ أَكْلَهُ فِي الصَّخْرَاءِ ، أُبِيحَ فِي الْبَصْرِ ، كَسَائِرِ الْمَأْكُولَاتِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « هِيَ لَكَ » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ أَكْلَهَا مُعْتَلَلٌ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْإِسْتِغْنَاءِ عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَهَذَا^(١٨) فِي الْبَصْرِ أَشَدُّ مِنْهُ فِي الصَّخْرَاءِ . الثَّانِي ، أَنَّ يُسَمِّكُهَا عَلَى صَاحِبِهَا ، وَيَتَّفَقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ ، وَلَا يَمْلِكُهَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَتَّفَقَ عَلَيْهَا مُحْتَسِبًا بِالنَّفَقَةِ عَلَى مَالِكِهَا ، وَأَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالنَّفَقَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، يَرْجِعُ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْمُرُودِيِّ ، فِي طَيْرَةِ أَفْرَحَتْ عِنْدَ قَوْمٍ ، فَقَضَى أَنْ الْفَرَاخَ لِصَاحِبِ الطَّيْرِ ، وَيَرْجِعُ بِالْعَلْفِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَطَوِّعًا . وَقَضَى عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي مَنْ وَجَدَ ضَالَّةً ، فَأَتَّفَقَ عَلَيْهَا ، وَجَاءَ رَبُّهَا ، بِأَنَّهُ يَقْرُمُ لَهُ مَا أَتَّفَقَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَتَّفَقَ عَلَى اللَّقْطَةِ لِحِفْظِهَا ، فَكَانَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهَا ، كَمَوْتَةِ الرُّطَبِ وَالْعِنَبِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَمْ يُعْجِبِ الشَّعْبِيُّ قَضَاءَ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ؛ لِأَنَّهُ أَتَّفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ^(١٩) ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ ، وَيُقَارِقُ الْعِنَبَ وَالرُّطَبَ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا كَانَ يُجْفِيهِهُ وَالْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَحْظَ لِصَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَا تَتَكَرَّرُ ، وَالْحَيَوَانُ يَتَكَرَّرُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، فَرَبُّمَا اسْتَعْرِقَ قِيَمَتَهُ ، فَكَانَ يَنْعُهُ أَوْ أَكْلَهُ أَحْظَ ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَحْتَسِبِ الْمُنْفِقُ عَلَيْهَا بِمَا أَتَّفَقَ . الثَّالِثُ ، أَنَّ يَبِيعُهَا وَيَحْفَظُ نَمَتَهَا لِصَاحِبِهَا ، وَلَهُ

(١٧) تقدم في صفحة ٢٩٠ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : م .

أَن يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَبِيعُهَا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا جَازَ لَهُ أَكْلُهَا بِغَيْرِ^(٢٠) إِذْنٍ ، فَيَبِيعُهَا أَوَّلَى . وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا هَاتِرِيْفًا / هَذِهِ الْمَوَاضِعَ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ؛ فَإِنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ » . وَلَمْ يَأْمُرْ بِتَغْرِيفِهَا ، كَمَا أَمَرَ فِي لُقْطَةِ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لُقْطَةٌ لَهَا خَطَرٌ ، فَوَجِبَ تَغْرِيفُهَا ، كَالْمَطْعُومِ الْكَثِيرِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ ذِكْرَ تَغْرِيفِهَا لِأَنَّهُ ذَكَرَهَا بَعْدَ بَيَانِهِ التَّغْرِيفَ فِيمَا سِوَاهَا ، فَاسْتَفْتَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ فِيهَا ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ التَّصْرِيفِ فِيهَا فِي الْحَوْلِ سُقُوطُ التَّغْرِيفِ ، كَالْمَطْعُومِ .

فصل : إِذَا أَكَلَهَا ثَبَتَ قِيمَتُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ غَزْلُهَا ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهَا لَا تَنْتَقِلُ مِنَ الذِّمَّةِ إِلَى الْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَلَوْ غَزَلَ شَيْئًا مِّنْ أَفْلَسَ ، كَانَ صَاحِبُ اللَّقِطِ أَسْوَأَ الْقَرَمَاءِ ، وَلَمْ يَخْتَصْ بِالْمَالِ الْمَعْزُولِ . وَإِنْ بَاعَهَا ، وَحَفِظَ ثَمَنَهَا ، وَجَاءَ صَاحِبُهَا ، أَخَذَهُ ، وَلَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ أَحَدٌ مِنَ الْقَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لَا شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا انْقَطَعَ مَا لَا يَنْقَى عَامًّا ، فَذَلِكَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا مَا لَا يَنْقَى بِعِلَاجٍ وَلَا غَيْرِهِ ، كَالطَّبِيخِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالْفَاكِهَةِ الَّتِي لَا تُجَفَّفُ ، وَالْخَضِرَاوَاتِ . فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَكْلِهِ ، وَبَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ إِبْقَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ . فَإِنْ تَرَكَهُ حَتَّى تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَرِطٌ فِي حِفْظِهِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَإِنْ أَكَلَهُ ثَبَتَتِ الْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي لُقْطَةِ الْقَتَمِ . وَإِنْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، جَازَ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ^(٢١) لَهُ يَبِيعُ السَّيِّيرَ ، وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا دَفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ غَيْرِ » .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : م .

إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ، جَازَ الْبَيْعُ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ ضَرُورَةٍ ، فَأَمَّا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِغْذَانِهِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَغْصُومٌ ، لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لِغَيْرِ الْحَاكِمِ بَيْعُهُ ، كغَيْرِ اللَّقْطَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ أُيِّحَ لِلْمُلْتَقِطِ أَكْلُهُ ، فَأُيِّحَ لَهُ بَيْعُهُ ، كَمَا لَهُ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ أُيِّحَ لَهُ بَيْعُهُ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْحَاكِمِ ، فَجَازَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى أَرَادَ أَكْلَهُ أَوْ بَيْعَهُ ، حَفِظَ صِفَاتِهِ ، ثُمَّ عَرَفَهُ عَامًّا ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهُ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَكَلَهُ أَوْ أَكَلَ ثَمَنَهُ ، غَرِمَهُ لَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ أَكَلِهِ . وَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بِغَيْرِ تَقْرِيطٍ قَبْلَ تَمْلُكِهِ ، أَوْ نَقَصَ أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، أَوْ نَقَصَتْ مِنْ غَيْرِ تَقْرِيطِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُلتَقِطِ . وَإِنْ تَلَفَتْ ^(٢١) أَوْ نَقَصَتْ ^(٢٢) أَوْ نَقَصَ الثَّمَنُ لِتَقْرِيطِهِ ، فَعَلَى الْمُلتَقِطِ ضَمَانُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ بَعْدَ تَمْلُكِهِ ، أَوْ نَقَصَ ، ضَمِنَهُ . / التَّوْعُ الثَّانِي ، مَا يُمَكِّنُ بَقَاؤَهُ ^(٢٣) بِالْعِلَاجِ ، كَالْعَنْبِ وَالرُّطَبِ ، فَيَنْتَظَرُ فِيهِمَا ^(٢٤) فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي التَّجْفِيفِ جَفَفَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَلَزِمَهُ مَا فِيهِ الْحَظُّ لِصَاحِبِهِ ، كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَإِنْ اِحْتِيَاجُ فِي التَّجْفِيفِ إِلَى غَرَامَةٍ ، بِاعَ بَعْضَهُ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي بَيْعِهِ ، بِاعَهُ ، وَحَفِظَ ثَمَنَهُ ، كَالطَّعَامِ وَالرُّطَبِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بَيْعُهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ تَجْفِيفَهُ ، نَعِنَ أَكْلَهُ ، كَالْبَطِيخِ . وَإِنْ كَانَ أَكْلُهُ أَتْفَعَ لِصَاحِبِهِ ، فَلَهُ أَكْلُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْحَظَّ فِيهِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَصْحَابِنَا : إِنْ الْعُرُوضُ لَا تُتَمَلَّكُ بِالتَّعْرِيفِ . أَنَّ هَذَا كُلَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَكْلُهُ ، لَكِنْ يَتَّخِرُ ^(٢٥) بَيْنَ الصَّدَقَةِ بِهِ وَبَيْنَ بَيْعِهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ يَجِدُ فِي مَنْزِلِهِ طَعَامًا لَا يَعْرِفُهُ : يُعْرِفُهُ مَا لَمْ يَخْشَ فُسَادَهُ ، فَإِنْ خَشِيَ فُسَادَهُ ، تَصَدَّقَ بِهِ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ غَرِمَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ . وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فِي لُقْطَةٍ مَا لَا يَتَقَيَّ سَنَةً : يَتَصَدَّقُ بِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يَبِيعُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . وَلَنَا ، عَلَى جَوَازِ أَكْلِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ

و ٢٠١/٥

(٢٢ - ٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في م : : إِبْقَاؤُهُ .

(٢٤) في م : : مَا .

(٢٥) في م : : يَجِيرُ .

فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذَّئِبِ » . وَهَذَا تَجْوِيزٌ لِلْأَكْلِ ، فَإِذَا جَازَ فِيهَا هُوَ مَحْفُوظٌ بِنَفْسِهِ ، فَفِيمَا يَفْسُدُ بَيَقَاتِهِ أَوَّلَى .

٩٤٩ - مسألة : قال : (وَلَا يَتَعَرَّضُ لِجَعْرِ ، وَلَا لِمَا فِيهِ قُوَّةٌ يَمْنَعُ عَنْ نَفْسِهِ)

وجملة ذلك أَنَّ كُلَّ حَيَوَانٍ يَقْوَى عَلَى الْإِمْتِنَاعِ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ ، وَوُرُودِ الْمَاءِ ، لَا يَجُوزُ التَّقَاطُطُ ، وَلَا التَّعَرُّضُ لَهُ ، سَوَاءً كَانَ لِكَبِيرِ جُنَّتِهِ ، كَالْإِبِلِ ، وَالْحَيْلِ ، وَالْبَقَرِ ، أَوْ لِطَوِيرِهِ كَالطُّيُورِ كُلِّهَا ، أَوْ لِسُرْعَتِهِ ، كَالظُّبَايَا وَالصُّيُودِ ، أَوْ بِنَابِهِ كَالْكِلَابِ وَالْفُهُودِ . قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : مَنْ أَخَذَ ضَالَّةً ، فَهُوَ ضَالٌّ . أَيْ مُحْطِئٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، فِي ضَالَّةِ الْإِبِلِ : مَنْ وَجَدَهَا فِي الْقَرْيِ عَرَفَهَا ، وَمَنْ وَجَدَهَا فِي الصَّخْرَاءِ لَا يَقْرُبُهَا . وَرَوَاهُ الْمُزَنِيُّ عَنْ الشَّافِعِيِّ . وَكَانَ الزُّهْرِيُّ يَقُولُ : مَنْ وَجَدَ بَدَنَةً فَلْيَعْرِفْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا فَلْيَنْحَرِهَا قَبْلَ أَنْ تَنْقَضِيَ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : « هِيَ لِقُطَّةٍ ^(١) يُيَاخُ التَّقَاطُطُ ، لِأَنَّهَا لِقُطَّةٌ أَشْبَهَتْ الْغَنَمَ . وَلَنَا ، قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنْهَا : « مَالِكٌ وَلَهَا ؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا ، تَرْدُ الْمَاءِ ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » ^(٢) . وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نَصِيبُ هَوَامِيَ الْإِبِلِ . قَالَ : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » ^(٣) . وَرَوَى عَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِطَرْدِ بَقَرَةٍ لَحِقَتْ بِبَقَرِهِ / حَتَّى تَوَارَتْ ، وَقَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَأْكُلُ الْبَقَرَةُ الْبَقَرَةَ إِلَّا ضَالًّا » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِمَعْنَاهُ ^(٤) . وَقِيَاسُهُمْ بِعَارِضِ صَرِيحِ النَّصِّ ،

(١ - ١) في م : في لفظ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠٧ .

(٤) في الأصل : « يَأْكُلُ » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣١٥ .

وكيف يجوز ترك نص النبي ﷺ وصريح قوله بقياس نصه في موضع آخر ! على أن الإبل تُفارق الغنم ، لِضَعْفِهَا ، وَقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ .

فصل : فإن كانت الصيودُ مستوحشةً ، إِذَا تَرَكْتَ رَجَعْتَ إِلَى الصَّحَرَاءِ ، وَعَجَزَ عَنْهَا صَاحِبُهَا ، جَازَ التِّقَاطُهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا أَضْيَعُ لَهَا مِنْ سَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَالْمَقْصُودُ حِفْظُهَا لِصَاحِبِهَا ، لَا حِفْظُهَا فِي نَفْسِهَا ، وَلَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ حِفْظُهَا فِي أَنْفُسِهَا لَمَا جَازَ التِّقَاطُ الْأَثْمَانِ ، فَإِنَّ الدِّينَارَ دِينَارٌ حَيْثَا كَانَ .

فصل : والبقرة كالإبل . نص عليه أحمد . وهو قول الشافعي ، وأبي عبيد . وحكى عن مالك أن البقرة كالشاة . ولنا ، خبر جرير فإنه طردَ البقرة ولم يأخذها ، ولأنها تَمْتَنِعُ عَنْ صِغَارِ السَّباعِ ، وَتُجْزَى فِي الْأَضْحِيَّةِ وَالْهَدْىِ عَنْ سَبْعَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْإِبِلَ . وكذا الحكم في الخيل والبيغال . فأما الحُمُرُ ، فَجَعَلَهَا أَصْحَابُنَا مِنْ هَذَا الْقِسْمِ الَّذِي لَا يَجُوزُ التِّقَاطُ ؛ لِأَنَّ لَهَا أَجْسَامًا كَبِيرَةً ^(٦) عَظِيمَةً ، فَأَشْبَهَتْ الْبِغَالَ وَالْخَيْلَ ، وَلَئِنْهَا مِنَ الدَّوَابِّ ، فَأَشْبَهَتْ الْبِغَالَ . وَالْأُولَى إلحاقها بالشاة ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ الْإِبِلَ بِأَنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا . يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِهَا عَنِ الْمَاءِ ؛ لِكَثَرَةِ مَا تُوعَى فِي بَطُونِهَا مِنْهُ ، وَقُوَّتِهَا عَلَى وَرُودِهِ ، وَفِي إِبَاحَةِ ضَالَّةِ الْغَنَمِ بِأَنَّهَا مُعْرِضَةٌ لِأَخِذِ الذَّنْبِ إِيَّاهَا ، بِقَوْلِهِ : « هِيَ لَكَ ، أَوْ لِأَخِيكَ » ، أَوِ لِلذَّنْبِ ^(٧) . وَالْحُمُرُ مُسَاوِيَةٌ لِلشَّاةِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا تَمْتَنِعُ مِنَ الذَّنْبِ ، وَمُقَارِقَةٌ لِلْإِبِلِ فِي عِلَّتِهَا ، فَإِنَّهَا لَا صَبْرَ لَهَا عَنِ الْمَاءِ ، وَهَذَا يُضَرِّبُ الْمَثَلَ بِقِلَّةِ صَبْرِهَا عَنْهُ ، فَيَقَالُ : مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّتِهِ ^(٨) إِلَّا ظِمٌّ ^(٩) حِمَارٍ . وَإِلْحَاقُ الشَّيْءِ بِمَا سَاوَاهُ فِي عِلَّةِ الْحُكْمِ وَفَارَقَهُ فِي الصُّورَةِ ، أَوْلَى مِنْ إلْحَاقِهِ بِمَا قَارَبَهُ فِي الصُّورَةِ وَفَارَقَهُ فِي الْعِلَّةِ . فَأَمَّا غَيْرُ الْحَيَوَانِ ، فَمَا كَانَ مِنْهُ يَتَحَفِظُ بِنَفْسِهِ ، كَأَحْجَارٍ

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٠ .

(٨) في م : « مدتها » .

(٩) الظم : ما بين الشربتين .

الطَّوَّاجِينِ ، وَالْكَبِيرِ مِنَ الْخَشَبِ ، وَقُدُورِ النَّحَاسِ ، فَهُوَ كَالْإِبِلِ فِي تَحْرِيمِ أَخْذِهِ ، بَلْ أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِبِلَ تَتَعَرَّضُ فِي الْجُمْلَةِ لِلتَّلْفِ ، إِمَّا بِالْأَسَدِ ، وَإِمَّا بِالْجُوعِ أَوْ الْعَطَشِ^(١٠) ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا تَكَادُ تُضَيِّعُ عَنْ صَاحِبِهَا وَلَا تَبْرِحُ مِنْ مَكَانِهَا بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ ، فَإِذَا حُرِّمَ أَخْذُ الْحَيَوَانِ ، فَهَذِهِ أَوْلَى .

فصل : فَإِنْ أَخَذَ هَذَا الْحَيَوَانُ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِلْتِقَاطِ ، ضَمِنَتْهُ ، إِمَامًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ / أَخَذَ مِلْكًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَلَا إِذْنِ الشَّارِعِ لَهُ ، فَهُوَ كَالْفَاصِبِ . فَإِنْ رَدَّهَ إِلَى مَوْضِعِهِ ، لَمْ يَتْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَتْرَأُ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَرْسَلَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَبَتْهُ فِيهِ . وَجَرِيرٌ طَرَدَ الْبَقْرَةَ الَّتِي لِحَقَّتْ بِبَقَرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَزِمَهُ ضَمَانُهُ لَا يَزُولُ عَنْهُ^(١١) إِلَّا بِرَدِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ أَوْ نَائِبِهِ ، كَالْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ . وَأَمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ الْبَقْرَةَ ، وَلَا أَخَذَهَا رَاعِيَهُ ، إِنَّمَا لِحَقَّتْ بِالْبَقَرِ ، فَطَرَدَهَا عَنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَتْ دَارَهُ فَأَخْرَجَهَا . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى لَمْ يَأْخُذْهَا بِحَيْثُ ثَبَتَتْ يَدُهُ عَلَيْهَا ، لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهَا ،^(١٢) سِوَاءَ طَرَدَهَا أَوْ لَمْ يَطْرُدْهَا . وَإِنْ أَخَذَهَا فَلَزِمَهُ^(١٣) ضَمَانُهَا^(١٤) ، فَدَفَعَهَا إِلَى الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ لَهُ نَظْرًا فِي ضَرْوَالِ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أَنْ لَهُ أَخَذَهَا ، فَكَانَ نَائِبًا عَنْ أَصْحَابِهَا فِيهَا .

فصل : وَلِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَخْذُ الضَّالَّةِ عَلَى وَجْهِ الْحِفْظِ لِصَاحِبِهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، حَمَى مَوْضِعًا يُقَالُ لَهُ^(١٥) التَّقْيِيعُ لِيَحْيِيَ الْمُجَاهِدِينَ وَالضُّوَالَ^(١٦) ، وَلِأَنَّ لِلْإِمَامِ نَظْرًا فِي حِفْظِ مَالِ الْغَائِبِ ، وَفِي أَخْذِ هَذِهِ حِفْظٌ لَهَا عَنْ الْهَلَاكِ . وَلَا يَلْزَمُهُ

(١٠) ق م : : والعطش .

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٣) ق م : : تلزمه . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) انظر ما تقدم في صفحة ١٦٦ .

تُعَرِّفُهَا ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمْ يَكُنْ يُعَرِّفُ الضَّوْأَل . وَلَئِنَّهُ إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ ، فَمَنْ كَانَتْ لَهُ ضَالَّةٌ فَإِنَّهُ يَجِيءُ إِلَى مَوْضِعِ^(١٦) الضَّوْأَل ، فَإِذَا عُرِفَ ضَالَّتُهُ أَقَامَ الْبَيْتَةَ عَلَيْهَا وَأَخَذَهَا ، وَلَا يُكْتَفَى فِيهَا بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهَا ظَاهِرَةٌ بَيْنَ النَّاسِ ، فَيَعْرِفُ صِفَاتِهَا مَنْ رَأَاهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، فَلَا تَكُونُ الصِّفَةُ لَهَا دَلِيلًا عَلَى مِلْكِهِ لَهَا . وَلِأَنَّ الضَّالَّةَ قَدْ كَانَتْ ظَاهِرَةً بَيْنَ النَّاسِ حِينَ كَانَتْ فِي يَدِ مَالِكِهَا ، فَلَا يَخْتَصُّهُوَ بِمَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا دُونَ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَلِيلًا ، وَيُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ عَلَيْهَا لظُهُورِهَا لِلنَّاسِ ، وَمَعْرِفَةُ خُلُطَاتِهِ وَجِيرَانِهِ بِمِلْكِهِ لِيَّاهَا .

فصل : وَإِنْ أَخَذَهَا غَيْرُ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبُهُ لِيَحْفَظَهَا لِصَاحِبِهَا ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى صَاحِبِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ ، أَنَّ لَهُ أَخَذَهَا لِحِفْظِهَا ، قِيَاسًا عَلَى الْإِمَامِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَنَعَ أَخْذَهَا مِنْ غَيْرِ تَفْرِيقٍ بَيْنَ قَاصِدِ الْحِفْظِ وَقَاصِدِ الْإِتْقَانِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَى الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةً ، وَهَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ . وَإِنْ وَجَدَهَا فِي مَوْضِعٍ يَخَافُ عَلَيْهَا ، مِثْلُ أَنْ يَجِدَهَا بِأَرْضٍ مَسْبُوعَةٍ ، يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّ الْأَسَدَ يَفْتَرِسُهَا إِنْ تَرَكْتَهُ ، أَوْ قَرِيبًا^(١٧) مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، يَخَافُ عَلَيْهَا مِنْ أَهْلِهَا ، أَوْ بِمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أَهْلُهُ أَمْوَالَ الْمُسْلِمِينَ ، كَوَادِي التَّيْمِ ، أَوْ فِي بَرِّيَّةٍ لَا مَاءَ بِهَا / وَلَا مَرْعَى ، فَالْأَوَّلَى جَوَازُ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى اخْتِذِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِتْقَانًا مِنْ الْهَلَاكِ ، فَأَشْبَهَ تَخْلِيسَهَا مِنْ غَرَقٍ أَوْ حَرِّقٍ . فَإِذَا حَصَلَتْ فِي يَدِهِ ، سَلَّمَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ ، وَبَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهَا ، وَلَا يَمْلِكُهَا بِالْتَّعْرِيفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِيهَا .

فصل : وَمَا يَخْصُلُ عِنْدَ الْإِمَامِ مِنَ الضَّوْأَل ، فَإِنَّهُ يُشْهَدُ عَلَيْهَا ، وَيَسْمُهَا بِأَنَّهَا ضَالَّةٌ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ لَهُ حِمَى تُرْعَى فِيهِ ، تَرَكَّهَا فِيهِ إِنْ رَأَى ذَلِكَ ، وَإِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « مَوَاضِع » .

(١٧) ق : م « فَرَسًا » تَحْرِيفٌ .

فِي يَوْمِهَا^(١٨) وَحَفِظَ ثَمَنِيهَا^(١٩) ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جَمْعٌ ، بَاعَهَا بَعْدَ أَنْ يَحْلِيَهَا ، وَيَحْفَظُ صِرَافَتَهَا ، وَيَحْفَظُ ثَمَنَهَا لِصَاحِبِهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَا يُفْضِي إِلَى أَنْ تَأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِيهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخَذَهَا إِنْسَانٌ ، فَأَطْعَمَهَا وَسَقَاهَا وَخَلَصَهَا ، مَلَكَهَا . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَاسْحَاقُ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَرَكَهَا لِيَرْجِعَ إِلَيْهَا ، أَوْ ضَلَّتْ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : هِيَ لِمَالِكِهَا الْأَوَّلِ ، وَيَعْرُمُ مَا اتَّفَقَ عَلَيْهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّبِ : هِيَ لِمَالِكِهَا ، وَالْآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بِالنَّفَقَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ غَيْرُهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ بَغَيْرِ عَوَضٍ مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ،^(٢٠) كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي غَيْرِ مَهْلَكَةٍ ، وَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ اتَّفَقَ عَلَى مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ بَنَى دَارَهُ^(٢١) . وَلَنَا ، مَارُوى الشَّعْبِيِّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ وَجَدَ ذَابَّةً فَلْيَعَجِّزْ عَنْهَا أَهْلَهَا ، فَسَيُؤْتَاهَا ، فَأَخْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ » . قَالَ^(٢٢) عُيَيْدُ اللَّهِ بْنُ حُمَيْدٍ ابْنُ^(٢٣) عَبْدِ الرَّحْمَنِ : قُلْتُ - يَعْنِي لِلشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَكَ بِهَذَا ؟ قَالَ : غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادِهِ^(٢٤) . وَفِي لَفْظٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ تَرَكَ ذَابَّةً بِمَهْلَكَةٍ ، فَأَخْيَاهَا رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَخْيَاهَا » . وَلِأَنَّ فِي الْحُكْمِ بِمِلْكِهَا إِخْيَاءَهَا وَإِنْقَاذَهَا مِنَ الْهَلَاكِ ، وَحِفْظًا لِلْمَالِ عَنِ الضَّيَاعِ ، وَمُحَافَظَةً عَلَى حُرْمَةِ الْحَيَوَانِ ، وَفِي الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَا تُمْلِكُ تَضْيِيعَ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مِنْ غَيْرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، وَلِأَنَّهُ يُبْذَرُ رَغْبَةً عَنْهُ وَعَجْزًا عَنْ أَخْذِهِ ،

(١٨ - ١٩) سقط من : الأصل .

(١٩ - ٢٠) سقط من : م ، وفي الأصل ، ١ : « عيدين حيد بن » . والليث في سنن أبي داود . وانظر : تهذيب التهذيب ٩/٧ .

(٢٠) في : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٨ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يجد ضالة يريد ردها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩٨ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣/٦٨ .

(٢١) فَمَلَكَهُ آخِذُهُ (٢١) ، كَالسَّاقِطِ مِنَ السُّتْبِلِ ، وَسَائِرُ مَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ مَتَاعًا ، فَخَلَّصَهُ إِنْسَانٌ ، لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَلَا يُخْشَى عَلَيْهِ الثَّلْفُ ، كَالْحَشْيَةِ عَلَى الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّ الْحَيَوَانَ يَمُوتُ إِذَا لَمْ يُطْعَمْ وَيُسْقَى ، وَتَأْكُلُهُ السَّبَاعُ ، وَالْمَتَاعُ يَبْقَى حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ عَبْدًا ، لَمْ يُمْلِكْ بِأَخْذِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الْعَادَةِ يُمَكِّنُهُ التَّخْلُصُ إِلَى الْأَمَاكِينِ الَّتِي يَعِيشُ فِيهَا ، بِخِلَافِ الْبَهِيمَةِ . وَلَهُ اخْتِذَ الْعَبْدُ وَالْمَتَاعُ لِيُخْلَصَ لِصَاحِبِهِ ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَخْلِيسِ الْمَتَاعِ . نَصُّ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَبْدِ عَلَى قِيَاسِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ قَوْلُهُ فِي وَجُوبِ الْأَجْرِ ، عَلَى أَنَّهُ جَعَلَ / لَهُ ذَلِكَ أَوْ أَمَرَهُ (٢٢) بِهِ ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ شَيْئًا ، فَلَا جُعْلَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا ، كَالْمُلْتَقِطِ . وَهَذَا خِلَافُ ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ جَعَلَ لَهُ جُعْلًا لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ أَجْرَ الْبِئْلِ ، وَيُفَارِقُ هَذَا الْمُلْتَقِطَ ، فَإِنَّ الْمُلْتَقِطَ لَمْ يُخْلَصِ اللَّقْطَةُ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَلَوْ تَرَكَهَا أَمَكَّنَ أَنْ يَرْجِعَ صَاحِبُهَا فَيَطْلُبَهَا فِي (٢٣) مَكَانِهَا فَيَجِدَهَا ، وَهَهُنَا إِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ هَذَا صَاحِبُهَا وَهَلَكَ ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيْهِ صَاحِبُهُ ، فَقَى جَعْلُ الْأَجْرِ فِيهِ حِفْظُ لِلْأَمْوَالِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَالْجُعْلِ فِي الْآبِقِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ جَعَلَ فِيهَا الشَّارِعُ مَا يَحْتُ عَلَى اخْتِذِهَا ، وَهُوَ مِلْكُهَا إِنْ لَمْ يَجِئْ صَاحِبُهَا ، فَانْتَفَى بِهِ عَنِ الْأَجْرِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُشْرَعَ فِي هَذَا مَا يَحْتُ عَلَى تَخْلِيسِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَلَيْسَ إِلَّا الْأَجْرُ . فَأَمَّا مَا أَلْفَاهُ رُكَّابُ الْبَحْرِ فِيهِ ، خَوْفًا مِنَ الْعَرَقِ ، فَلَمْ أَعْلَمْ لِأَصْحَابِنَا فِيهِ قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهِمُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ هَذَا مَنْ أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، فِي مَنْ أَخْرَجَهُ ، قَالَ : وَمَا نَضَبَ عَنْهُ الْمَاءُ فَهُوَ لِأَهْلِهِ .

(٢١) - (٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : د وأمره .

(٢٣) ق : م : د من .

وقال ابن المُنْذِرِ: يُرَدُّهُ عَلَى أَصْحَابِهِ، وَلَا جُعْلَ لَهُ. وَيُقْتَضِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ هُوَ الْقَاضِي؛ لِمَا تَقَدَّمَ. وَمُقْتَضَى^(٢٤) قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، أَنَّ لِمَنْ أُلْقِيَ أَجْرٌ مِثْلُهُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا. وَوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْإِحْتِمَالِ أَنَّ هَذَا مَالٌ أُلْقَاهُ صَاحِبُهُ فِيمَا يَتَلَفُ بِتَرْكِهِ فِيهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ، فَمَلَكَهُ مَنْ أَخَذَهُ، كَالَّذِي الْقُوَّةُ رَغْبَةً عَنْهُ، وَلَئِنْ فِيمَا ذَكَرُوهُ تَحْقِيقًا لِإِتْلَافِهِ، فَلَمْ يَجُزْ، كَمَا بَشَّرْتَهُ بِالْإِتْلَافِ. فَأَمَّا إِنْ انْكَسَرَتِ السِّفِينَةُ، فَأُخْرِجَتْ قَوْمٌ، فَقَالَ مَالِكٌ: يَأْخُذُ أَصْحَابُ الْمَتَاعِ مَتَاعَهُمْ، وَلَا شَيْءَ لِلَّذِي أَصَابُوهُ. وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ، وَالْقَاضِي. وَعَلَى قِيَاسِ نَصِّ أَحْمَدَ يَكُونُ لِمُسْتَحْرِجِهِ هَهُنَا^(٢٥) أَجْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَسِيلَةٌ إِلَى تَخْلِيصِهِ، وَحِفْظُهُ لِصَاحِبِهِ، وَصِيَّائِهِ عَنِ الْغَرَقِ، فَإِنَّ الْعَوَاصِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَجْرُ، بَادَرَ إِلَى التَّخْلِيصِ لِيُخَلِّصَهُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، لَمْ يُخَاطِرْ بِنَفْسِهِ فِي اسْتِحْرَاجِهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى لَهُ بِالْأَجْرِ، كَمَا جُعِلَ رَدُّ الْآبِقِ.

فصل: ذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا التَّقَطَّ عَبْدًا صَغِيرًا، أَوْ جَارِيَةً، أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالْتَّعْرِيفِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَمْلِكُ الْعَبْدُ دُونَ الْجَارِيَةِ، لِأَنَّ التَّمْلِكَ بِالْتَّعْرِيفِ عِنْدَهُ أَقْبَرُ أَضْرًا، وَالْجَارِيَةُ عِنْدَهُ لَا تَمْلِكُ بِالْقَرْضِ. / وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا نَظَرٌ؛ ط ٢٠٣/٥
فَإِنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يُعْبَرُّ عَنْ نَفْسِهِ، فَأَقْرَبُ بِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ، لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ؛ لِأَنَّ الطُّفْلَ لَا قَوْلَ لَهُ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ، لَأُعْتَبِرَ فِي تَعْرِيفِهِ سَيِّدَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢٤) فِي الْأَمَلِ: وَيُقْتَضَى.

(٢٥) بِقَطْعٍ مِنْ: م.

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبؤ . واللقيط بمعنى الملقوط ، فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ ، كَقَوْلِهِمْ : قَتِيلٌ وَجَرِيحٌ وَطَرِيحٌ . وَالتَّقَاطُ وَاجِبٌ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ ^(١) . ولأن فيه إحياء نفسه ، فكان واجبا ، كما طعامه إذا اضطر ، وإنجائه من العرق . ووجوبه على الكفاية ، إذا قام به واحد سقط عن الباقيين ، فإن تركه الجماعة ، أئتموا كلهم ، إذا علموا هتكوه مع إمكان أخذه . وروى عن سنيين أبي جميلة ، قال : وجدت ملفوفا ^(٢) ، فأتيت به عمر ، رضي الله عنه ، فقال عريفي : يا أمير المؤمنين ، إنه رجل صالح . فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال : نعم . قال فاذهب فهو حر ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته . رواه سعيد ^(٣) ، عن سفيان ، عن الزهري ، سمع سنيانا أبا جميلة بهذا ، وقال : علينا رضاءه .

٩٥٠ - مسألة ؛ قال : (واللقيط حر)

وجملة ذلك أن اللقيط حر ، في قول عامة أهل العلم ، إلا النخعي . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط ^(١) حر . روى هذا القول عن عمر وعلي ، رضي الله عنهما . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والشعبي والحكم ، وحماد ، ومالك ،

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) في الأصل : ملقوطا .

(٣) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء المنبؤ ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقي ، في : باب التقاط المنبؤ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

(١) في الأصل : الملقت .

والتَّوَرَى والشَّافِعِيَّ ، وإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابَ الرَّأْيِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ :
 إِنَّ التَّقْطِيعَ لِلْحَسْبَةِ^(٢) ، فَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ أَرَادَ أَنْ يَسْتَرْقَهُ ، فَذَلِكَ لَهُ . وَذَلِكَ قَوْلُ
 شَدِّ فِيهِ عَنِ الْخُلَفَاءِ وَالْعُلَمَاءِ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ ؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِي الْآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ ،
 فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَلَقَ آدَمَ وَذُرِّيَّتَهُ أَحْرَارًا ، وَإِنَّمَا الرُّقُّ لِعَارِضٍ ، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ ذَلِكَ
 الْعَارِضُ ، فَلَهُ حُكْمُ الْأَصْلِ .

فصل : ولا يخلو اللقيط من أن يوجد في دار الإسلام ، أو في دار الكفر ، فأما دار
 الإسلام ففَضْرَبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، دَارٌ اخْتَطَّهَا الْمُسْلِمُونَ ، كَبُعْدَادَ وَالْبَصْرَةَ وَالْكُوفَةَ ،
 فَلَقِيطُ هَذِهِ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ وَلِظَاهِرِ الدَّارِ ،
 وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَغْلُو وَلَا يَغْلَى عَلَيْهِ . الثَّانِي ، دَارٌ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ ، كَمَدَائِنَ الشَّامِ ،
 فَهَذِهِ إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حَكِيمٌ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِذَلِكَ
 الْمُسْلِمِ تَغْلِيْبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، بَلْ كُلُّ أَهْلِهَا ذِمَّةٌ حَكِيمٌ يَكْفُرُهُ ؛
 لِأَنَّ تَغْلِيْبَ حُكْمِ الْإِسْلَامِ / إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ الْإِحْتِمَالِ . وَأَمَّا بَلَدُ الْكُفَّارِ فَضْرَبَانِ أَيْضًا ؛
 أَحَدُهُمَا ، بَلَدٌ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَقَلَبَ الْكُفَّارُ عَلَيْهِ ، كَالسَّاجِلِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الَّذِي
 قَبْلَهُ ، إِنْ كَانَ فِيهِ^(٣) مُسْلِمٌ وَاحِدٌ حَكِيمٌ بِإِسْلَامِ لَقِيطِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ^(٤) مُسْلِمٌ فَهُوَ
 كَافِرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ
 إِيْمَانَهُ ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَى كُنْهِ إِيْمَانِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ
 كَانَ فِي^(٥) بَلَدٍ كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ ، ثُمَّ غَلَبَ عَلَيْهِ الْمَشْرِكُونَ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ ، وَأَقْرَأُوا
 فِيهِ أَهْلَهُ بِالْجِزْيَةِ ، فَهَذَا كَالْقِسْمِ الثَّانِي مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ . الثَّانِي ، دَارٌ لَمْ تَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ
 أَصْلًا ، كِبِلَادِ الْهِنْدِ وَالرُّومِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ ، فَلَقِيطُهَا كَافِرٌ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ لَهُمْ
 وَأَهْلُهَا مِنْهُمْ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمُونَ كَالْتَّجَارِ وَغَيْرِهِمْ ، اخْتَمَلَ أَنْ

(٢) في الأصل : « للحنة » .

(٣) في الأصل : « فيهم » .

(٤) سقط من : م .

يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلإِسْلَامِ ، وَاحْتِمَالُ أَنْ يُحْكَمَ بِكُفْرِهِ ، تَغْلِيْبًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ .
وَهَذَا التَّفْصِيلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى
أَنَّ الطِّفْلَ إِذَا وَجِدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ ، مِتَّانِي فِي أَى مَكَانٍ وَجَدَ ، أَنْ غُسِّلَهُ وَدَفَنَهُ فِي مَقَابِرِ
الْمُسْلِمِينَ يَجِبُ ، وَقَدْ مَنَعُوا أَنْ يَدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ . قَالَ : وَإِذَا
وُجِدَ لِقَيْطٌ فِي قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ ، فَهُوَ عَلَى ظَاهِرٍ مَا حَكَمُوا بِهِ أَنَّهُ كَافِرٌ . هَذَا
قَوْلُ أَصْحَابِ^(٥) الشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .

فصل : في الموضع الذي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ ، إِنَّمَا يُثَبِّتُ ذَلِكَ ظَاهِرُ الْإِقْبَانِ ؛ لِأَنَّهُ
يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَلَدٌ كَافِرٌ ، فَلَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ وَلَدَ عَلَى قَرَائِشِهِ ، حَكَمْنَا بِهِ .
وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فِيهِ إِسْلَامُهُ وَرَدُّهُ ، فَوَصَفَ الْإِسْلَامَ فَهُوَ مُسْلِمٌ ، سِوَاهُ كَانَ
مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ أَوْ كُفِّرَ ، وَإِنْ وَصَفَ الْكُفْرَ ، وَهُوَ مَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ، فَهُوَ
مُرْتَدٌّ لَا يُقَرُّ عَلَى كُفْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى
كُفْرِهِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ أَقْوَى مِنْ ظَاهِرِ الدَّارِ . وَهَذَا وَجْهٌ مُظْلِمٌ ؛
لِأَنَّ دَلِيلَ الْإِسْلَامِ وَجَدَ عَرَبِيًّا عَنِ الْمُعَارِضِ ، وَثَبَّتَ حُكْمَهُ ، وَاسْتَقَرَّ ، فَلَمْ يَجْزِ إِزَالَةُ
حُكْمِهِ بِقَوْلِهِ ، كَالْوَلَدِ كَانَ ابْنُ مُسْلِمٍ . وَقَوْلُهُ لَا دَلَالَه فِيهِ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ فِي الْحَالِ
مَنْ كَانَ أَبُوهُ ، وَلَا مَا كَانَ دِينُهُ ، وَإِنَّمَا يَقُولُ هَذَا مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهِ ، فَعَلِيَ هَذَا إِذَا بَلَغَ
اسْتَبَيَّبَ ثَلَاثًا ، فَإِنْ تَابَ وَالْأَقِيلَ . فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ وَصَفَ كُفْرًا ،
يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ بِالْجُزْئِيَّةِ ، / عَقِدَتْ لَهُ الدِّمَةُ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّزَامِهَا ، أَوْ وَصَفَ كُفْرًا
لَا يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ ، أَلْحَقَ بِمَا آمَنَ . وَهَذَا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فَإِنَّ هَذَا اللَّقِيطَ لَا يَخْلُو مَنْ أَنْ يَكُونَ
ابْنُ وَثْنِيٍّ خَرَبِيٍّ ، فَهُوَ حَاصِلٌ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ عَهْدَةٍ وَلَا عَقْدٍ ، فَيَكُونُ لَوَاجِبِهِ ،
وَيَصِيرُ مُسْلِمًا بِإِسْلَامِ سَابِيهِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ ذِمِّيٍّ ، أَوْ أَحَدُهُمَا ذِمِّيٌّ ، فَلَا يُقَرُّ عَلَى
الِاتِّعَالِ إِلَى غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَوْ يَكُونُ ابْنُ مُسْلِمٍ أَوْ ابْنُ مُسْلِمَيْنِ ، فَيَكُونُ

ط ٢٠٤/٥

(٥) سقط من : الأصل .

مُسْلِمًا . قال أحمد ، في أمة نصرانية ، ولدت من فجور : ولدها مسلم ؛ لأن أبويه
يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه . وإذا لم يكن لهذا الولد حال يَحْتَمِلُ أن يُقَرَّ
فيها على دين لا يُقَرُّ أهلُه عليه ، فكيف يُرَدُّ إلى دار الحرب .

فصل : إذا جنى اللَّقِيطُ جِنَايَةً تُحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فَالْعَقْلُ عَلَى نَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَن مِيرَاثَهُ
له ، وَتَفَقَّهَ عَلَيْهِ . وَإِنْ جَنَى جِنَايَةً لَا تُحْمِلُهَا الْعَاقِلَةُ ، فَحُكْمُهُ فِيهَا حُكْمُ غَيْرٍ^(٦)
لِلْمَالِ وَلَهُ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَإِلَّا كَانَ فِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يُوسِرَ . وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ
جِنَايَةً تُوجِبُ الدِّيَّةَ ، فَهِيَ لِنَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهُ . وَإِنْ كَانَ عَمْدًا مَحْضًا ، فَلَا إِمَامَ
مُخَيَّرَ بَيْنَ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ إِنْ رَأَاهُ أَحَظُّ لِلْمَلَاكِطِ ، وَالْعَفْوِ عَلَى مَالٍ . وَبِهَذَا قَالَ
الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، لِأَنَّهُ يُخَيِّرُهُ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْمُصَالَحَةِ ؛
وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « قَالَ السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(٧) . وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ جِنَايَةً تُوجِبُ الْأَرْشَ قَبْلَ بُلُوغِهِ ، فَلَوْلِيُهُ أَخَذَ الْأَرْشَ . وَإِنْ كَانَ عَمْدًا مُوجِبَةً
لِلْقِصَاصِ ، وَلِلْقِيطِ مَالٌ يَكْفِيهِ ، وَقَفَّ الْأَمْرُ عَلَى بُلُوغِهِ لِيَقْتَصَّ أَوْ يَعْفُو ، سَوَاءً كَانَ
عَاقِلًا أَوْ مَعْتُوهاً . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، وَكَانَ عَاقِلًا ، انْتِظَرَ بُلُوغُهُ أَيْضًا ، وَإِنْ كَانَ
مَعْتُوهاً فَلِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يَأْخُذُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوَةَ لَيْسَ لَهُ حَالٌ مَعْلُومَةٌ مُنْتَظَرَةٌ ،
فَإِنْ ذَلِكَ قَدْ يَدْرُكُ بِهِ ، وَالْعَاقِلُ لَهُ حَالٌ مُنْتَظَرَةٌ ، فَافْتَرَقَا . وَفِي الْحَالِ الَّتِي يَنْتَظِرُ بُلُوغَهُ ،
فَإِنَّ الْجَانِيَّ يُحْبَسُ حَتَّى يَتْلَعَ اللَّقِيطُ ، فَيَسْتَوْفَى لِنَفْسِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَقَدْ

(٦) سقط من الأصل . وورد في م : « غير حكم » .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب الولي ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ . والترمذي ، في : باب ما
جاء لا نكاح إلا بولي ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب لا نكاح إلا بولي ،
من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير ولي ، من كتاب النكاح .
سنن الدارمي ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

رَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
لَأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ . فَكَانَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ عَنِ اللَّقِيطِ ، كَالْقِصَاصِ فِي
النَّفْسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ لَمْ يَتَحَتَّمِ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَوَقَّفَ عَلَى قَوْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ بِالْعَاغَاثِيَا ،
وَفَارَقَ / الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ هُوَ لَهُ ، إِنَّمَا هُوَ لِوَارِثِهِ ، وَالْإِمَامُ
الْمُتَوَلَّى لَهُ . ٢٠٥/٥

فصل : وَإِنْ قَذَفَ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُحْصَنًا ، حُدَّ ثَمَانِينَ ؛ لَأَنَّهُ حُرٌّ . وَإِنْ قَذَفَهُ
قَاضٍ ، وَهُوَ مُحْصَنٌ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ؛ لَأَنَّهُ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ . فَإِنْ ادَّعَى الْقَاضِيفُ أَنَّهُ
عَبْدٌ ، فَصَدَّقَهُ اللَّقِيطُ ، سَقَطَ الْحَدُّ ؛ لِإِقْرَارِ الْمُسْتَحَقِّ بِسُقُوطِ الْحَدِّ ، وَيَجِبُ
التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِهِ مَنْ لَيْسَ بِمُحْصَنٍ . وَإِنْ كَذَّبَهُ اللَّقِيطُ ، وَقَالَ : إِنِّي حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ مُحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، وَلِذَلِكَ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِ حَدَّ الْحُرِّ إِذَا كَانَ
قَاضِيًا ، وَأَوْجَبْنَا لَهُ الْقِصَاصَ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِي حُرًّا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ
الْقَاضِيفِ ؛ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُ صِحَّةَ مَا قَالَهُ ، بَأَنْ يَكُونَ ابْنُ أُمَةٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً ، وَالْحَدُّ
يُذَرُّ^(٨) بِالشُّبْهَاتِ . وَفَارَقَ الْقِصَاصَ لَهُ إِذَا ادَّعَى الْجَانِي عَلَيْهِ أَنَّهُ عَبْدٌ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ
لَيْسَ بِحَدٍّ ، وَإِنَّمَا : وَجِبَ حَقًّا لَادْمِي ، وَلِذَلِكَ جَازَتْ الْمُصَالَحَةُ عَنْهُ ، وَأُخِذَ بِدَلِهِ ،
بِخِلَافِ حَدِّ الْقَذِيفِ . وَيَتَخَرَّجُ مِنْ هَذَا أَنَّ اللَّقِيطَ إِذَا كَانَ قَاضِيًا ، فَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدٌ لِيَجِبَ
عَلَيْهِ حَدُّ الْعَبْدِ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ مُحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ ،
لَا يَسْقُطُ الْحَدُّ عَنْ قَاضِيهِ بِاحْتِمَالِ رِقِّهِ ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، وَلَوْ سَقَطَ الْحَدُّ لِهَذَا
الِاحْتِمَالِ ، لَسَقَطَ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْقَاضِيفُ رِقَّهُ ؛ لَأَنَّهُ مَوْجُودٌ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِهِ .

(٨) فِي م : « يَنْدَرُ » .

٩٥١ - مسألة ؛ قال : (وَيَنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ شَيْءٌ يَنْفَقُ عَلَيْهِ)

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء ، لم يلزم الملتقط بالإتفاق^(١) عليه ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : «أَجْمَعَ كُلُّ^(٢) مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ اللَّقِيطِ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الْمُلْتَظِّ ، كَوُجُوبِ نَفَقَةِ الْوَلَدِ . وَذَلِكَ لِأَنَّ أَسْبَابَ وَجُوبِ النَّفَقَةِ ، مِنَ الْقَرَابَةِ ، وَالزَّوْجِيَّةِ ، وَالْجِلْدِ ، وَالْوَلَاءِ ، مُتَنَفِّئَةٌ ، وَالْإِتْقَانُ إِنَّمَا هُوَ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَاكِ ، وَتَبَرُّعٌ بِحِفْظِهِ ، فَلَا يُوجِبُ ذَلِكَ النَّفَقَةَ ، كَمَا لَوْ فَعَلَهُ بغير اللقيط . وَتَجِبُ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي حَدِيثِ أَبِي جَبِيلَةَ : أَذْهَبَ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ^(٣) . وَفِي رِوَايَةٍ : مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ وَلَأنَّ بَيْتَ الْمَالِ وَارِثُهُ ، وَمَالُهُ مَصْرُوفٌ إِلَيْهِ ، فَتَكُونُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَقَرَّاتِهِ وَمَوْلَاهُ . فَإِنْ تَعَذَّرَ الْإِتْقَانُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، لِكَوْنِهِ لَا مَالَ فِيهِ ، أَوْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَا إِمَامَ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يُعْطَ شَيْئًا ، فَعَلَى مَنْ عَلِمَ حَالَهُ / مِنَ الْمُسْلِمِينَ الْإِتْقَانُ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾^(٤) . وَلَأنَّ فِي تَرْكِ الْإِتْقَانِ عَلَيْهِ هَلَاكُهُ ، وَحِفْظُهُ عَنْ ذَلِكَ وَاجِبٌ ، كَانْقَاذِهِ مِنَ الْفَرَقِ . وَهَذَا قَرَضُ كِفَايَةٍ ، إِذَا قَامَ بِهِ قَوْمٌ سَقَطَ عَنْ الْبَاقِينَ ، فَإِنْ تَرَكَه الْكُلُّ أَثَمُوا . وَمَنْ أَتَّفَقَ عَلَيْهِ مُتَبَرِّعًا ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، سِوَاءِ كَانَ الْمُلْتَظُّ أَوْ غَيْرَهُ . وَإِنْ لَمْ يَتَبَرَّعْ بِالْإِتْقَانِ عَلَيْهِ ، فَأَتَّفَقَ عَلَيْهِ الْمُلْتَظُّ أَوْ غَيْرُهُ مُخْتَسِبًا بِالرَّجُوعِ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَّرَ ، وَكَانَ ذَلِكَ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ ، لَزِمَ اللَّقِيطُ ذَلِكَ إِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ قَصْدًا بِالْمَعْرُوفِ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ

(١) في م : الإيتفاق .

(٢) (٢ - ٢) في م : وجميع .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) سورة المائدة ٢ .

أَتَفَقَ بغير أمرِ الحاكمِ ، مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ^(٥) عليه ، فقال أحمدُ : تُؤَدِّي التَّفَقُّعُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وقال شَرِيحُ ، والنَّحْيُ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالتَّفَقُّعِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَيْهِ . وقال عمرُ ابن عبد العزيز : يَخْلِفُ مَا أَتَفَقَ احْتِسَابًا ، فَإِنْ خَلَفَ اسْتَسْقَى^(٦) . وقال الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : هُوَ مُتَّبَرِّعٌ^(٧) لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَتْبَرِ^(٨) بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَدَّى مَا وَجَبَ عَلَى غَيْرِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى مَنْ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَ هَذَا الْأَصْلِ فِي مَوْضِعِهِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ وَجَدَ مَعَ اللَّقِيطِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لَهُ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَرِثُ وَيُورَثُ ، وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ وَلِيَّهُ وَيَبِيعَ ، وَمَنْ لَهُ مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فَلَهُ يَدٌ صَحِيحَةٌ ، كَالْبَالِغِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكُلُّ مَا كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، أَوْ مُتَعَلِّقًا بِمَنْفَعَتِهِ ، فَهُوَ تَحْتَ يَدِهِ ، وَيَثْبُتُ بِذَلِكَ مِلْكُالهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَمَنْ ذَلِكَ مَا كَانَ لَا يَسْأَلُهُ ، أَوْ مَشْدُودًا فِي مَلْبُوسِهِ ، أَوْ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ مَجْعُودًا فِيهِ ، كَالسَّرِيرِ وَالسَّقَطِ^(٩) ، وَمَا فِيهِ مِنْ قَرَشٍ أَوْ دَرَاهِمٍ ، وَالْقِيَابِ الَّتِي تَحْتَهُ^(١٠) وَالَّتِي عَلَيْهِ^(١١) . وَإِنْ كَانَ مَشْدُودًا عَلَى دَابَّةٍ ، أَوْ كَانَتْ مَشْدُودَةً فِي ثِيَابِهِ ، أَوْ كَانَ فِي خَيْمَةٍ ، أَوْ فِي دَارٍ ، فَهِيَ لَهُ . وَأَمَّا الْمُتَفَصِّلُ عَنْهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعِيدًا مِنْهُ ، فَلَيْسَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ ، كَثُوبٍ مَوْضُوعٍ إِلَى جَانِبِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ هُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَفَصِّلٌ عَنْهُ ، فَهُوَ كَالْبَعِيدِ . وَالثَّانِي ، هُوَ لَهُ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تَرَكَّ لَهُ ، فَهُوَ لَهُ^(١٢) ، بِمَنْزِلَةِ مَا هُوَ تَحْتَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَرِيبَ

(٥) فِي م : الرُّجُوعُ .

(٦) أَيْ اللَّقِيطُ .

(٧ - ٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) السَّقَطُ : وَعَاءٌ يُوَضَعُ فِيهِ الطَّيْبُ وَنَحْوُهُ مِنْ أَدْوَاتِ النِّسَاءِ .

(٩ - ١٠) فِي الْأَصْلِ : الشَّيْءُ الَّذِي عَلَيْهِ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

من البالغ يكون/ في يده ، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ، ويحكم بأثمه في يده ، والحنال إذا جلس للاستراحة ، ترك حملها قريباً منه . فأما المدفون ثخته ، فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طرياً ، فهو له ، وإلا فلا ؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طرياً فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طرياً ، كان مدفوناً قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طرياً ، فلم يكن له إذا كان الحفر^(١١) طرياً ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له ، لشده واضعه في ثيابه^(١٢) ، ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأثمه ليس له^(١٣) فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أتفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته ، لم تجب نفقته على أحد ؛ لأنه ذو مال ، فأشبهه غيره من الناس . إذا ثبت هذا ، فإن لملتقطه الاتفاق عليه منه^(١٤) بغير إذن الحاكم . ذكره أبو عبد الله ابن حامد ؛ لأنه أولى له ، فلم يعتبر في^(١٥) الاتفاق عليه في حقه إذن الحاكم ، كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمام وغيره ، كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل أودع رجلاً مالاً ، وغاب ، وطالت غيبته ، وله ولد ولا نفقة له ، هل يتفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب ؟ فقال : تقوم امرأته^(١٦) إلى الحاكم ، حتى يأمره بالاتفاق عليهم . فلم يجعل له الاتفاق عليهم^(١٧) من غير إذن الحاكم . فقال بعض أصحابنا : هذا مثله . والصحيح أن هذا مخالف له من وجهين ؛ أحدهما ، أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه . والثاني ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « ساقه » .

(١٣) في م زيادة : « واضعه » .

(١٤) في النسخ : « فيه » .

(١٥) في م : « امرأة » .

(١٦) سقط من : الأصل .

أنه يتفق على اللقيط من ماله ، وهذا بخلافه ، ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجاً إلى ذلك ، لعدم ماله ، وعدم نفقة تركها أبوه برسمه ، وذلك لا يقبل فيه قول المودع ، فاحتج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ، ولا كذلك في مسائلنا ، فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط . ومتى لم يجد حاكماً ، فله الإنفاق بكل حال ؛ لأنه حال ضرورة . وقال الشافعي : ليس له أن يتفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكماً ، وإن انفق ضمن ، بمنزلة ماله لو كان لأبي الصغير ودائع^(١٧) عند إنسان ، فأنفق عليه منه ؛ وذلك لأنه لا ولاية له على ماله ، وإنما له حق الحضانة . وإن لم يجد حاكماً ، ففي جواز الإنفاق وجهان ؛ ولنا ، ما ذكرناه ابتداءً ، ولا نسلم أنه لا ولاية له على ماله ، فإننا قد بينا أن له أخذه وحفظه ، وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه . فإذا ثبت هذا ، فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكماً ؛ لأنه أبعد من التهمة ، وأقطع للظنة ، وفيه خروج به من الخلاف ، وحفظ ماله من أن يرجع عليه بما انفق . فإذا ثبت هذا ، فينبغي أن يتفق عليه بالمعروف ، كما ذكرنا في ولي التيمم ، فإذا بلغ اللقيط ، واختلفاً في قدر ما انفق ، وفي التفريط في الإنفاق ، فالقول قول المنفق ؛ لأنه أمين ، فكان القول قوله في ذلك ، كولي التيمم .

٩٥٢ - مسألة : قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ)

يعني ميراثه لهم ، فإن اللقيط حر الأصل ، ولا ولاية عليه ، وإنما يرثه المسلمون ؛ لأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ولأنهم^(١) يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط ، فكذلك اللقيط . وقول الخرقى : « وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ » . تجوز في اللقيط ، لا شتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث ، وحيازته كله عند عدم

(١٧) في الأصل : « ودعة » .

(١) في م : « ولأنه » .

الوارث . هذا هو الظاهر . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأكثر أهل العلم . وقال شريح ، وإسحاق : عليه الولاء لمُتَقِطِهِ ، لما رَوَى وإبْنُ الأَسْقَعِ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ، عَتِيقُهَا ، وَلَقِيطُهَا ، وَوَلَدُهَا الَّذِي لَا عُنْتُ عَلَيْهِ » . أخرجه أبو داود ، والترمذي^(٢) . وقال : حديث حسن ، وقال عمر لأبي جحيلة في لُقْطَتِهِ : هو حر ، ولك ولأؤه ، وعلينا نَفَقَتُهُ^(٣) . ولنا : قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ »^(٤) . ولأنه لم يثبت عليه رِقٌّ ، ولا على آباءه ،

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب ميراث ابن الملاعة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١١٣/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٦٧/٨ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب المرأة تحوز ثلاث موارث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٩٠/٣ ، ١٠٧/٤ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الصدقة على موالى أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب إذا اشترط شروط في البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفي : باب الشروط في البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط في الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الحرة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفي : باب إذا أعتق في الكفارة لم يكن ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٣/١ ، ١٥٨/٢ ، ٩٦/٣ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ١٨٢/٨ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، في : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود ، في : باب في الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ١١٤/٢ ، ٣٤٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨١/٨ . والنسائي ، في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٨١/٥ ، ١٣٢/٦ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ٢٦٤/٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٦٧١/١ ، ٨٤٢/٢ ، ٨٤٣ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب =

فلم يثبت عليه ولَاءٌ ، كالمعروف نَسَبُهُ ، ولأنه إن كان ابنُ حُرَيْنٍ ، فلا ولَاءَ عليه ، وإن كان ابنُ مُعْتَقَيْنِ ، فلا يكونُ عليه ولَاءٌ لغيرِ مُعْتَقِيهِمَا . وحديثُ واثلةٍ لا يثبتُ . قاله ابنُ المنذرِ . وخبرُ عمرَ ، قال ابنُ المنذرِ : أبو جَمِيلَةَ رَجُلٌ مَجْهُولٌ ، لا تقومُ بحديثه حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، عَنِ بقوله : ولك ولأوه . أى لك ولأيتُه ، والقيَامُ به وحفظُه . لذلك ذَكَرَهُ عَقِيبُ قولِ عَرِيفَ : إنه رَجُلٌ صَالِحٌ . وهذا يَقْتَضِي تَفْوِضَ الْوِلَايَةِ إِلَيْهِ ، لكونه مَأْمُونًا عليه دون الميراثِ . إذا ثبتَ هذا ، فإن حُكْمَ اللَّقِيطِ فِي الْمِيرَاثِ حُكْمٌ مِنْ عُرْفِ نَسَبِهِ ، وانْقِرَاضِ أَهْلِهِ / ، يُدْفَعُ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ إذا لم يكن له وارثٌ . فإن كان له زَوْجَةٌ فَلَهَا الرُّبْعُ ، والباقي لِبَيْتِ الْمَالِ . وإن كانت أُمْرَأَةٌ لها زَوْجٌ ، فَلَهَا النِّصْفُ ، والباقي لِبَيْتِ الْمَالِ . وإن كانت له بَنَتٌ ، أو ذُورَجِمٌ ، كَبِنْتِ بَنَتٍ ، أَخَذَتْ جَمِيعَ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ الرُّدَّ وَذَا الرَّحِمِ مُقَدَّمٌ^(٥) عَلَى بَيْتِ الْمَالِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، فَمِنْ السَّفَرِيَّةِ)

وجملة ذلك أن الْمُلقِطَ إِنْ كَانَ أَمِينًا أَقَرَّ اللَّقِيطَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَقَرَّ اللَّقِيطَ فِي يَدِ أَبِي جَمِيلَةَ ، حين قال له^(١) عَرِيفُ : إنه رَجُلٌ صَالِحٌ^(٢) . ولأنه سَبَقَ إِلَيْهِ ، فكان أَوْلَى بِهِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(٣) . وهل يَجِبُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ ، كَمَا لَا يَجِبُ^(٤) الْإِشْهَادُ فِي اللَّقْطَةِ . والثاني ، يَجِبُ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْإِشْهَادِ حِفْظُ النَّسَبِ وَالْحُرِّيَّةِ ، فَاتَّخَصَّ بِوُجُوبِ الشَّهَادَةِ ، كَالنِّكَاحِ ، وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا حِفْظُ الْمَالِ ، فَلَمْ يَجِبِ الْإِشْهَادُ فِيهَا ، كَالْبَيْعِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ غَيْرَ أَمِينٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ

=الطلاق، وفي باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. الموطأ ٢/٥٦٢، ٧٨٠، ٧٨١. والإمام أحمد، في المسند ١/٢٨١، ٣٢١، ١٠٠/٢٨/٢، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٣٣/٦، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢.

(٥) في الأصل : « أقرب فقدم » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٢ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الْخَرْقَى أَنَّهُ يَقْرَأُ يَدَيْهِ ، وَيُمْنَعُ مِنَ السَّفَرِ بِهِ ، لَعَلَّ يَدْعَى رِقَهُ وَيَبْعَهُ . وَيَتَّبَعِي أَنْ يَجِبَ
 الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّا إِذَا ضَمَمْنَا إِلَيْهِ فِي اللَّقْطَةِ مَنْ يُشْرِفُ
 عَلَيْهِ ، فَهُنَا أَوَّلَى . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَنْتَزِعُ مِنْ يَدَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي حِفْظِ اللَّقِيطِ إِلَّا الْوَلَايَةُ ، وَلَا وَلَايَةُ لِفَاسِقٍ . وَفَارَقَ اللَّقْطَةَ مِنْ أَوْجِهِ ؛
 أَحَدَهَا ، أَنَّ فِي اللَّقْطَةِ مَعْنَى الْكَسْبِ ، وَلَيْسَ هُنَا إِلَّا الْوَلَايَةُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ اللَّقْطَةَ
 لَوْ انْتَزَعْنَاهَا مِنْهُ رَدَّ ذَنَاهَا إِلَيْهِ بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَاحْتِطْنَا عَلَيْهَا مَعَ بَقَائِهَا فِي يَدَيْهِ ، وَهُنَا لَا
 تَرُدُّ إِلَيْهِ بَعْدَ الْإِتْرَاعِ مِنْ بَحَالٍ ، فَكَانَ الْإِتْرَاعُ أَخْوَطَ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْمَقْصُودَ تَمَّ
 حِفْظُ الْمَالِ ، وَيُمْكِنُ^(٥) الْإِخْتِيَاظُ عَلَيْهِ بِأَنْ يَسْتَظْهَرَ عَلَيْهِ فِي التَّعْرِيفِ ، أَوْ يَنْصِبَ
 الْحَاكِمُ مَنْ يَعْرِفُهَا ، وَهُنَا الْمَقْصُودُ حِفْظُ الْحُرِّيَّةِ وَالنَّسَبِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْإِسْتِظْهَارِ
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْعَى رِقَهُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، أَوْ فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ إِنَّمَا يُحْتَاجُ
 إِلَى حِفْظِهَا وَالْإِخْتِيَاظِ عَلَيْهَا عَامًّا وَاحِدًا ، وَهَذَا يُحْتَاجُ إِلَى الْإِخْتِيَاظِ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ
 زَمَانِهِ . وَأَمَّا عَلَى ظَاهِرِ قَوْلِ الْخَرْقِيِّ ، فَلَا يَنْتَزِعُ^(٦) مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَيَّنَّتْ لَهُ الْوَلَايَةُ
 بِالْإِقْبَاطِ / إِيَّاهُ ، وَسَبَقَهُ إِلَيْهِ ، وَأُمِكنَ حِفْظُ اللَّقِيطِ فِي يَدَيْهِ بِالْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ، وَضَمَّ أَمِينَ ٢٠٧/٥ ط
 يُشَارِفُهُ إِلَيْهِ ، وَيُشَيِّعُ أَمْرَهُ ، فَيَعْرِفُ أَنَّهُ لَقِيطٌ ، فَيُحْفَظُ^(٧) بِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ زَوَالٍ
 وَلَايَتِهِ . جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِيقَيْنِ ، كَمَا فِي اللَّقْطَةِ ، وَكَأَلَوْكَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا . وَمَا ذَكَرَ مِنْ
 التَّرْجِيحِ لِلْقِطَّةِ ، فَيُمْكِنُ^(٨) مُعَارَضَتُهُ ، بِأَنَّ اللَّقِيطَ ظَاهِرٌ مَكْشُوفٌ لَا تُخْفَى الْخِيَانَةُ
 فِيهِ ، وَاللَّقْطَةُ مُسْتَوْرَةٌ خَفِيَّةٌ تَنْطَرِّقُ إِلَيْهَا الْخِيَانَةُ ، وَلَا يُعْلَمُ بِهَا ، وَلِأَنَّ اللَّقْطَةَ يُمَكِّنُ
 أَخْذَ بَعْضِهَا وَتَقْيِصُهَا وَإِبْدَالَهَا ، وَلَا يُتَمَكَّنُ مِنْ ذَلِكَ فِي اللَّقِيطِ . وَلِأَنَّ الْمَالَ مُحَلٌّ

(٥) فِي الْأَصْلِ : « وَلَكِنْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَنْتَزِعُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « فَيُحْفَظُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « مِنْ » .

الْخِيَانَةِ ، وَالتَّفُوسُ إِلَى تَنَاوُلِهِ وَأَخْذِهِ دَاعِيَةً ، بِخِلَافِ اللَّقِيطِ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى أَرَادَ الْمُتَقِطُ السَّفَرَ بِاللَّقِيطِ مَنَعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يُعْجِزُهُ مِمَّنْ عَرَفَ حَالَهُ ، فَلَا يُؤْمِنُ أَنْ يَدْعَى رِقَّةً وَيَبِيعَهُ .

فصل : وَإِذَا انْتَقَطَ اللَّقِيطُ مَنْ هُوَ مُسْتَوِرُ الْحَالِ ، لَمْ تُعْرَفْ مِنْهُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ وَلَا الْخِيَانَةِ ، أَقْرَ اللَّقِيطُ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَدْلِ فِي لُقْطَةِ الْمَالِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ وَالشَّهَادَةِ فِيهِ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَحْكَامِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُسْلِمِ الْعَدَالَةُ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْمُسْلِمُونَ عُذُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ . فَإِنْ أَرَادَ السَّفَرَ بِلُقْطَتِهِ ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ أَمَانَتُهُ ، فَلَمْ تُؤْمِنْ الْخِيَانَةُ مِنْهُ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ فِي الْحَضَرِ مِنْ غَيْرِ مُشْرِفٍ يُضْمُّ إِلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ الْعَدْلُ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ السَّرَّ وَالصَّبِيانَةَ . فَأَمَّا مَنْ عُرِفَتْ عَدَالَتُهُ ، وَظَهَرَتْ أَمَانَتُهُ ، فَيُقَرُّ اللَّقِيطُ فِي يَدِهِ فِي سَفَرِهِ وَحَضَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُونٌ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ سَفَرُهُ لَغَيْرِ الثَّقَلَةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ سَفَرُ الْأَمِينِ بِاللَّقِيطِ إِلَى مَكَانٍ يُقِيمُ بِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ انْتَقَطَهُ مِنَ الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ الثَّقَلَةَ ^(٩) بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ مُقَامَهُ فِي الْحَضَرِ أَصْلَحَ لَهُ فِي دِينِهِ وَدُنْيَاهُ ، وَأَرْفَعُ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ فِي الْحَضَرِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَلَدَ فِيهِ ، فَبِقَاوُهُ فِيهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ وَظُهُورِ أَهْلِهِ ، وَاعْتِرَافِهِمْ بِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الثَّقَلَةَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ مِنَ الْحَضَرِ ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ فِي بَلَدِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ ، فَلَمْ يُقَرَّ فِي يَدِ الْمُتَقِطِ عَنْهُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمُتَقِطِ إِلَى الْبَادِيَةِ . وَالثَّانِي ، يُقَرُّ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَالْبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، فَيُقَرُّ فِي يَدِهِ ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْآخَرِ ، وَفَارَقَ الْمُتَقِطُ بِهِ إِلَى الْبَادِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّهُ بِتَقْوِيَةِ الرَّفَاهِيَةِ عَلَيْهِ . وَإِنْ انْتَقَطَهُ مِنَ الْبَادِيَةِ فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَى

و ٢٠٨/٥

(٩) فِي م : ٥ : النُّقْلُ .

الْحَضَرِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْقَلُ مِنْ أَرْضِ الْبُوسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرِّفَاحَةِ وَالذَّعَةِ وَالْدِّينِ . وَإِنْ أَقَامَ بِهِ فِي حِلَّةٍ يَسْتَوِطُنْهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ بِهِ فِي (١٠) الْمَوَاضِعِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّرَ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ ابْنُ بَدَوِيٍّ ، وَإِقْرَارُهُ فِي يَدَيِ مُلْتَقِطِهِ أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْهُ ، فَيُدْفَعَ إِلَى صَاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَهُ لَهُ ، وَأَخْفَ عَلَيْهِ . وَكُلُّ مُوَاضِعٍ قُلْنَا : يَنْتَرَعُ مِنْ مُلْتَقِطِهِ . (١١) فَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ إِذَا وَجِدَ مَنْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ ، مِمَّنْ هُوَ أَوْلَى بِهِ . فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ مَنْ يَقُومُ بِهِ ، أُقِرَّ فِي يَدَيِ مُلْتَقِطِهِ (١١) ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ فِي (١٢) يَدَيْهِ مَعَ قُصُورِهِ ، أَوْلَى (١٢) مِنْ إِهْلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا مِثْلُ مُلْتَقِطِهِ ، فَمُلْتَقِطُهُ أَوْلَى بِهِ ، إِذَا لَا فَائِدَةَ فِي تَرْعِهِ مِنْ يَدِهِ ، وَدَفْعِهِ إِلَى مِثْلِهِ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ الْيَقَاطُ الطَّفِلِ الْمَتَّبُودِ ، إِذَا وَجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لِسَيِّدِهِ ؛ فَلَا يَذْهَبُهَا (١٣) فِي غَيْرِ نَفْعِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ عَلَى اللَّقِيطِ إِلَّا الْوِلَايَةُ ، وَلَا وِلَايَةُ لِعَبْدٍ . فَإِنْ التَّقَطَّ لَمْ يُقَرَّرَ فِي يَدَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ السَّيِّدُ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ، أُقِرَّ فِي يَدَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَانَ بِهِ فِي ذَلِكَ ، فَصَارَ كَالْوَالِتَّقَطِّ بِيَدِهِ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ أَذِنَ لَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَصَارَ كَالْوَالِتَّقَطِّ . وَالْمُحْكَمُ فِي الْأَمَةِ كَالْمُحْكَمِ فِي الْمَكَائِبِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَجِدْ أَحَدًا يَلْتَقِطُهُ سِوَاهُ ، وَجَبَ الْيَقَاطُ ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لَهُ مِنَ الْهَلَكَ ، فَأَشْبَهَ تَخْلِيصَهُ مِنَ الْعَرَقِ . وَالْمُدَبِّرُ (١٤) ، وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُعَلَّقُ عِنْقَهُ بِصِفَةٍ ، كَالْقَنْ ، وَكَذَلِكَ الْمَكَائِبُ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ ، وَلَا بِمَنَافِعِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ .

فصل : وَلَيْسَ لِلْكَافِرِ (١٥) الْيَقَاطُ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَلِأَنَّهُ

(١٠) ق م : إلى .

(١١ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٢ - ١٣) ق الأصل : « بلده مع حضوره خير » .

(١٣) ق الأصل : « يدفعها » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) ق م : « لكافر » .

لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَفْتَنَهُ وَيُعَلِّمَهُ الْكُفْرَ ، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ يُرِيْبُهُ عَلَى دِينِهِ ، وَيَنْشَأُ عَلَى ذَلِكَ ، كَوَلَدِهِ . فَإِنْ التَّقَطُّ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ الطِّفْلُ مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَلَهُ الْتِقَاطُهُ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ .

فصل : وَإِنْ التَّقَطُّ اثْنَانِ ، وَتَنَازَلَاهُ تَنَازُلًا وَاحِدًا ، لَمْ يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ ^(١٦) أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ الْعَدْلِ الْحُرِّ ، وَالْآخَرُ مِمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيْهِ ، كَالْكَافِرِ إِذَا كَانَ اللَّقِيطُ مُسْلِمًا ، وَالْفَاسِقِ ، وَالْعَبْدِ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ / سَيِّدُهُ ، وَالْمُكَاتَّبِ ، فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَتَكُونُ مُشَارَكَةً هَوْلَاءُ لَهُ ^(١٧) كَعَدَمِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ التَّقَطُّ وَحْدَهُ لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا شَارَكَهُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْاِتِّقَاطِ أَوْلَى ^(١٨) .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِمَّنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدَيِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يَنْزِعُ مِنْهُمَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَى غَيْرِهِمَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّنْ يُقَرُّ فِي يَدِهِ لَوْ انْفَرَدَ ، إِلَّا أَنْ أَحَدَهُمَا أَحْظُ لِلْقَبِيضِ مِنَ الْآخَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فَالْمُوسِرُ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْظُ لِلطِّفْلِ ، وَإِنْ التَّقَطُّ مُسْلِمًا وَكَافِرًا طِفْلًا مَحْكُومًا بِكُفْرِهِ ، فَالْمُسْلِمُ أَحَقُّ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ لِلْكَافِرِ وَلَايَةً عَلَى الْكَافِرِ ، وَيُقَرُّ فِي يَدِهِ إِذَا انْفَرَدَ بِالْتِقَاطِ ، فَسَارَى الْمُسْلِمُ فِي ذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُسْلِمِ أَحْظُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فَيَسْعَدُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَيَنْجُو مِنَ النَّارِ ، وَيَتَخَلَّصُ مِنَ الْجَزِيَةِ وَالصَّغَارِ ، فَالْتَّرَجِيحُ بِهَذَا أَوْلَى مِنَ التَّرَجِيحِ بِالْيَسَارِ الَّذِي إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَوْسِيعَةٌ عَلَيْهِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُوسِرُ بِخِيَلًا ، فَلَا تُحْصَلُ التَّوْسِيعَةُ . فَإِنْ تَعَارَضَ التَّرَجِيحَانِ ، فَكَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا وَالْكَافِرُ مُوسِرًا ، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِإِسَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ فِي تَقْدِيمِ الْمُوسِرِ ، يَتَبَيَّنُ أَنْ يُقَدِّمَ الْجَوَادُّ عَلَى الْبَخِيلِ ؛

(١٦) سبذكر المؤلف خلال الفصل أربعة أقسام .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل زيادة : ٥ به .

لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عنده أَكْثَرُ مِنَ الْجَهَةِ الَّتِي يَحْصُلُ لَهُ الْحَظُّ فِيهَا بِالْيَسَارِ ، وَرُبَّمَا تَخْلُقُ بِأَخْلَاقِهِ ، وَتَعْلَمُ مِنْ جُودِهِ . الرَّابِعُ ، أَنَّ يَتَسَاوَا فِي كَوْنِهِمَا مُسْلِمَيْنِ عَدْلَيْنِ حَرِّينِ مُقِيمَيْنِ ، فَهَمَا سَوَاءٌ فِيهِ ، فَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِاسْتِقَاطِ حَقِّهِ ، وَتَسْلِيْمِهِ إِلَى صَاحِبِهِ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَلَا يَمْتَنِعُ مِنَ الْإِيقَارِ بِهِ . وَإِنْ تَشَاحَا ، أَقْبَرَ عَيْنُهُمَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَا كُنْتُ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَنَّهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ^(١٩) . وَلِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ . وَإِنْ تَهَايَا ، فَجُعِلَ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ يَوْمًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، أَضَرَّ بِالطِّفْلِ ؛ لِأَنَّهُ تَخْتَلِفُ عَلَيْهِ الْأَغْذِيَّةُ وَالْأَسَى وَالْإِلْفُ ، وَلَا يُمَكِّنُ دَفْعُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا مُتَسَاوٍ ، فَتُعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِالْحَكْمِ لَا بِجَوْرِ ، فَتُعَيَّنُ الْإِقْرَاعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا يُقْرَعُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي تَعْيِينِ السَّهَامِ فِي الْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ النِّسَاءِ فِي الْبِدَايَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَبَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْإِعْتِقَاقِ / . وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سَوَاءٌ ، وَلَا تُرْجَعُ الْمَرْأَةُ هَهُنَا ، كَمَا تُرْجَعُ فِي حَضَانَةِ وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا رُجِّحَتْ لِشَفَقَتِهَا عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَوَلَّىهَا لِحَضَانَتِهِ بِنَفْسِهَا ، وَالْأَبُ يَخْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، فَكَانَتْ ^(٢٠) «الْأُمُّ أَوْلَى وَأَحْظُ» لَهُ وَأَرْفَقَ بِهِ ، أُمًّا هَهُنَا ، فَإِنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ مِنَ اللَّطِيفِ ، وَالرَّجُلُ يَخْضُنُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ فَاسْتَوَى . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَسْتَوْرًا فِي الْحَالِ ، وَالْآخَرُ ظَاهِرًا الْعَدَالَةِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُرْجَعَ الْعَدْلُ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِنْقِاطِ مُنْتَفٍ فِي حَقِّهِ بِغَيْرِ شَكٍّ ، وَالْأَمْرُ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَيَكُونُ الْحَظُّ لِلطِّفْلِ فِي تَسْلِيْمِهِ إِلَيْهِ أَمُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَا ؛ لِأَنَّ اخْتِمَالَ وَجُودِ الْمَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ التَّرْجِيحُ .

فصل : وَإِنْ رَأَيْتُهُ جَمِيعًا ، فَسَبِّقْ أَحَدَهُمَا فَأَخْذَهُ ، أَوْ وَضَعْ يَدَهُ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ سَبَّقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ ^(٢١) أَحَقُّ بِهِ ^(٢٢) » . وَإِنْ رَأَاهُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ صَاحِبِهِ ، فَسَبِّقْ إِلَى أَخْذِهِ الْآخَرَ ، فَالسَّابِقُ إِلَى أَخْذِهِ

(١٩) سورة آل عمران ٤٤ .

(٢٠ - ٢١) في م : « لَمْ أَحْظُ » .

(٢١ - ٢٢) في الأصل : « لَمْ » . وَتَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٥٢ .

أَحَقُّ ؛ لَأَنَّ الْإِنْقِاطَ هُوَ الْأَخْذُ لَا الرُّوْيَةُ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا ^(٢٢) لَصَاحِبِهِ : ثَلَاثِيهِ . فَأَخْذَهُ الْآخَرُ ، نَظَرْنَا ^(٢٣) إِلَى نِيَّتِهِ ^(٢٤) ، فَإِنْ تَوَيَّ أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ فَهُوَ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَأْتِرْهُ الْآخَرُ بِمَنَاوِلَتِهِ إِيَّاهُ ، وَإِنْ تَوَيَّ مَنَاوِلَتَهُ فَهُوَ لِلْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ بِنِيَّةِ النَّيَابَةِ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَوَكَّلَ لَهُ فِي تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا التَّقَطُّعُ . وَلَا يَبْتَنَى لِأَحَدِهِمَا ، وَكَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ التَّقَطُّعُ . ذَكَرَ ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَخْلِفُ ، كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ؛ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢٥) . فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أَقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَسَلَّمَ إِلَيْهِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي : لَا تُشْرَعُ الْيَمِينَ هُنَا ، وَيُسَلَّمُ إِلَيْهِ بِمَجْرَدِ وَقُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُسَلَّمُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لهما . وَالْأَوَّلَى أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَنَازَعَا حَقًّا فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَنَازَعَا وَدِيعَةً عِنْدَ غَيْرِهِمَا . فَإِنْ وَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، / مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : فِي ظَهْرِهِ شَامَةٌ ، أَوْ بِجَسَدِهِ عِلَاقَةٌ . وَذَكَرَ شَيْئًا فِي جَسَدِهِ مَسْتُورًا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقَدَّمُ بِالْصِّفَةِ ، كَمَا لَوْ وَصَفَ الْمُدَّعَى ، فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ بِهِ ^(٢٥) دَعْوَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا تَوَرُّعٌ مِنَ اللَّقْطَةِ ، فَقَدَّمَ بِوَصْنِهَا ، كَلَقْطَةِ الْمَالِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ يَدِهِ ، فَكَانَ مُقَدِّمًا بِهَا . وَقِيَاسُ اللَّقِيطِ

ظ ٢٠٩/٥

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣ - ٢٤) في م : ٥ لنيته .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٥٢٥/٦ .

(٢٥) في م : ٥ له .

على اللقطة أولى من قياسه على غيرها ؛ لأنَّ اللَّقِيطَ لُقْطَةٌ أَيضاً . وإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بها . وإن كان لكل واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أَسْبَقُهُما تَارِيحًا ؛ لأنَّ الثَّانِيَّ إِنَّمَا أَخَذَ مِمَّنْ قَدْ ثَبَتَ الْحَقُّ فِيهِ لغيره . وإن استوى تَارِيخُهُما ، أو أُطْلِقَتَا معاً ، أو أُرُحِثَ إحداهما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، فقد تَعَارَضَتَا . وهل يَسْقُطَانِ أو يُسْتَعْمَلَانِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، يَسْقُطَانِ ، فَيَصِيرَانِ كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لهما . والثاني ، يُسْتَعْمَلَانِ ، ويُفَرَّغُ بينهما ، فمن قَرَعَ صَاحِبَهُ كانَ أُولَى . وسنذكر ذلك في بابهِ ، إن شاء الله تعالى . وإن كان اللَّقِيطُ يَدُ أَحَدِهِما ، فهل تُقَدَّمُ بَيِّنَتُهُ على بَيِّنَةِ الآخَرِ ، أو تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ ؟ فيه وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ على الرَّوَائِثِ فِي دَعْوَى الْمَالِ . وإن كان أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ مِمَّنْ لَا تُقَرُّ يَدُهُ على اللَّقِيطِ ، أَقَرُّ فِي يَدِ الْآخَرِ ، ولم يُلْتَفَتْ إِلَى دَعْوَى مَنْ لَا يُقَرُّ فِي يَدِهِ بِحَالٍ .

٩٥٤ - مسألة ؛ قال : (وإن ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَرَى الْفَقَاهَةَ ، فَبَايَهُمَا ^(١) الْحَقُّوهُ لِحَقِّ)

يعنى إذا ادَّعَى نَسَبُهُ ، فلا تَحُلُوْ دَعْوَى نَسَبِ اللَّقِيطِ مِنْ قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يَدَّعِيَهُ واحدٌ يَنْفَرِدُ بِدَعْوَاهُ ، فَيَنْظُرُ ؛ فإن كان المُدَّعِي رَجُلًا مُسْلِمًا خَرًّا ، لِحَقِّ نَسَبِهِ به ، بغير خِلَافٍ بين أَهْلِ الْعِلْمِ ، إذا أمكنَ أن يكونَ منه ؛ لأنَّ الإِقْرَارَ مَحْضُ نَفْعٍ لِلطِّفْلِ لِاتِّصَالِ نَسَبِهِ ، ولا مَضَرَّةَ على غيره فيه ، فَقَبِلْ ، كما لو أَقَرَّ له بِمَالٍ . ثم إن كان المُقَرُّ به مُلْتَقِطُهُ ، أَقَرَّ فِي يَدِهِ . وإن كان غيره ، فله أن يَنْتَزِعَهُ مِنَ الْمُلتَقِيطِ ؛ لأنَّهُ قد ثَبَتَ أَنَّهُ أبوه ، فيكونُ أَحَقُّ بِوَلَدِهِ ، كما لو قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وإن كان المُدَّعِي له عَبْدًا ، لِحَقِّ به أَيضاً ؛ لأنَّ لِمَالِيَةِ حُرْمَةٍ ، فَلِحَقِّ به نَسَبُهُ كَالْحُرِّ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وغيره ، غير أَنَّهُ لَا تُثَبِّتُ لَهُ حَضَانَةٌ ؛ لأنَّهُ مُشْغُولٌ بِخِدْمَةِ سَيِّدِهِ ، وَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ؛ لأنَّهُ لَا مَالَ له ، ولا على سَيِّدِهِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَكُونُ نَفَقَتِهِ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وإن كان المُدَّعِي ذِمِّيًّا ، لِحَقِّ به ؛ / لأنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْعَبْدِ فِي ثُبُوتِ الْفِرَاشِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ

و ٢١٠/٥

(١) في م : هـ فأَيُّهما .

له بالنكاح والوطء في المِلْك . وقال أبو ثور : لا يُلْحَقُ به ؛ لأنه مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ .
ولنا ، أنه أَقْرَبُ بِنَسَبٍ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، يُمَكِّنُ أن يكونَ منه ، وليس في إقرارِهِ إضْرَارٌ
بغيرِهِ ، فيثْبُتُ إقرارُهُ ، كالمُسْلِمِ . إذا ثَبِتَ هذا ، فإنه يُلْحَقُ به في ^(٢) النَّسَبِ لا في
الدِّينِ ، ولا حَقٌّ له في حَضَائِهِ . وقال الشافعي ، في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَتَّبِعُهُ في دينِهِ ؛ لأنَّ
كُلَّ ^(٣) ما لِحَقِّهِ في نَسَبِهِ يُلْحَقُ به في دينِهِ ^(٤) ، كاليَتِيمِ ، إلا أنه يُحَالُ يَتِيمُهُ وَيَتِيمُهُ ، ولنا ، أنَّ
هذا حَكِيمٌ بِإِسْلَامِهِ ، فلا يُقْبَلُ قولُ الذَّمِّيِّ في كُفْرِهِ ، كالمو كان مَعْرُوفَ النَّسَبِ ؛ ولأنَّها
دَعْوَى تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، فلم تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَدَعْوَى رَقِّهِ ، ولأنَّه لو تَبِعَهُ في دينِهِ لم
يُقْبَلْ إقرارُهُ بِنَسَبِهِ ؛ لأنه يكونُ إضراراً به ، فلم تُقْبَلْ ، كَدَعْوَى الرُّقِّ . أمَّا مُجَرَّدُ ^(٥)
النَّسَبِ بدونِ اتِّبَاعِهِ في الدِّينِ ، فَمَصْلَحَةٌ عَارِيَّةٌ عن الضَّرَرِ ، فُقِبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ . ولا يجوزُ
قَبُولُهُ فيما هو أَعْظَمُ ؛ الضَّرَرُ ، والخِزْيُ في الدُّنْيَا والآخِرَةِ . وإن كان المُدَّعِي امرأَةً ،
فَاخْتَلَفَ ^(٦) عن أحمدَ ، رَجِمَهُ اللهُ ، فُرِوِي أَنَّ دَعْوَاهَا ^(٧) تُقْبَلُ ، وَيُلْحَقُهَا نَسَبُهُ ؛
لأنَّها أَحَدُ الْإِبْرَئِينَ ، فيثْبُتُ ^(٨) النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ، كالأبِ ، ولأنَّه يُمَكِّنُ أن يكونَ
منها ، كما ^(٩) يُمَكِّنُ أن يكونَ وَلَدَ الرَّجُلِ ، بل أَكْثَرُ ؛ لأنَّها تأتي به من زَوْجٍ ، وَوَطْءٍ
بشَبْهَةٍ ، وَيُلْحَقُهَا وَلَدُهَا من الزَّوِيِّ دونِ الرَّجُلِ ، ولأنَّ في قِصَّةِ داودَ وسليمانَ ، عليهما
السَّلامُ ، حينَ تَحَاكَمَ إِلَيْهِمَا امْرَأَتَانِ كانَ لهُمَا ابْنَانِ ، فَذَهَبَ الذَّنْبُ بِأَحَدِهِمَا ، فَادَّعَتْ
كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْبَاقِيَ ابْنُهَا ، وَأَنَّ الَّذِي أَخَذَهُ الذَّنْبُ ابْنُ الْأُخْرَى ، فَحَكَمَ بِهِ

(٢) في م : ١ من ٤ .

(٣ - ٣) في الأصل : ما لِحَقِّهِ به نَسَبُهُ لِحَقِّهِ به في دينِهِ .

(٤) في م : ١ بمجَرَّدِ .

(٥) أي التَّغْلُ .

(٦) في م : ١ دَعْوَاهَا .

(٧) في م : ١ خَبِتَ .

(٨ - ٨) سقط من : م .

داوُدُ لِلْكُثْبَرِ ، وَحَكَمَ بِهِ سُلَيْمَانُ لِلْأُخْرَى ، بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِنْهُمَا^(٩) . وَهَذَا قَوْلُ
بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يُلْحَقُ بِهَا دُونَ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ
أَنْ يُلْحَقَهُ نَسَبٌ وَلَدٌ لَمْ يَقْرَبْهُ . وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَهُ ، لَمْ يُلْحَقْ بِزَوْجَتِهِ .
فَإِنْ قِيلَ : الرَّجُلُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى ، أَوْ مِنْ أُمِّهِ ، وَالْمَرْأَةُ لَا يَحِلُّ
لَهَا نِكَاحٌ غَيْرُ زَوْجِهَا ، وَلَا يَحِلُّ وَطْئُهَا لغيرِهِ . قُلْنَا : يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ مِنْ وَطْئِ شَبْهَةٍ أَوْ
غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا قَبْلَ^(١٠) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا هَذَا^(١١) الزَّوْجُ ،
أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا قِيلَ الْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ ، لِمَافِيهِ
مِنَ الْمَصْلَحَةِ ، بِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الصَّبِيِّ ، وَصِيَّائِهِ عَنِ النَّسَبَةِ إِلَى كونه وَلَدَ زَيْنَى ، وَلَا
يَحْصُلُ هَذَا بِالْحَاقِ نَسَبِهِ بِالْمَرْأَةِ ، بَلْ فِي^(١٢) الْخَاطِئَةِ^(١٣) بِهَا دُونَ زَوْجِهَا تَطَرُّقُ
الْعَارِ^(١٤) إِلَيْهِ وَإِلَيْهَا . قُلْنَا : بَلْ قَبْلَنَا دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي حَقًّا لَا مُنَازَعَ لَهُ فِيهِ ، وَلَا
مَضَرَّةَ عَلَى أَحَدٍ فِيهِ ، فَقِيلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَدَعْوَى الْمَالِ ، وَهَذَا مَتَّحِقٌ فِي دَعْوَى الْمَرْأَةِ .
وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ هَا زَوْجٌ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا ، لِإِفْضَائِهِ إِلَى الْخَاقِ
النَّسَبِ بِزَوْجِهَا بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ وَلَا رِضَاةٍ ، أَوْ إِلَى أَنْ^(١٥) امْرَأَتُهُ وَطِئَتْ بِزَيْنَى أَوْ بِشَبْهَةٍ^(١٦) ،
وَفِي ذَلِكَ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا فِيمَا يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هَا زَوْجٌ ، قَبِلَتْ
دَعْوَاهَا لِعَدَمِ هَذَا الضَّرَرِ . وَهَذَا أَيْضًا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ ،

٢١٠/٥ ظ

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ وَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ نِعْمَ الْعَبْدُ ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ،
وفي : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٩٨/٤ ، ١٩٤/٨ ، ١٩٥ . والنسائي ،
في : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٢٠٦/٨ ، ٢٠٧ ، وعبد الرزاق ، في : باب المرتين
تدعيان ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٢/٧ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : تزوجها بهذا .

(١١) سقط من : م .

(١٢) في م : إلحاقها .

(١٣) في م : للعار .

(١٤) في م : أو .

(١٥) في م : شبهة .

تَقَلَّهَا الْكَوَسَجُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي امْرَأَةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا دَافِعٌ ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهَا أَهْلٌ وَنَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ تُخَفْ وَلَا دَثُّهَا عَلَيْهِمْ ، وَيَتَضَرَّرُونَ بِالْحَاقِ النَّسَبِ بِهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ تَغْيِيرِهِمْ بِوِلَادَتِهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا أَهْلٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدَعْوَاهَا بِحَالٍ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِدَعْوَى الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا يُمْكِنُهَا إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِلَادَةِ ، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا بِمَجَرَّدِهِ ، كَمَا لَوْ عَلَتْ زَوْجُهَا طَلَاقَهَا بِوِلَادَتِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأُشْبِهَتِ الْأَبَ ، وَإِمَّا كَانَ الْبَيِّنَةُ لَا يَمْنَعُ قَبُولُ الْقَوْلِ ، كَالرَّجُلِ ، فَإِنَّهُ تُمْكِنُهُ إِقَامَةُ^(١٦) الْبَيِّنَةِ أَنَّ هَذَا وَلَدُ^(١٧) عَلَى قَرَائِشِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي أُمَةً ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّا إِذَا قَبَلْنَا دَعْوَاهَا فِي نَسَبِهِ ، لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهَا فِي رِقِّهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فِيمَا يَضُرُّهُ ، كَمَا لَمْ نَقْبَلِ الدَّعْوَى فِي كُفْرِهِ إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ كَافِرٌ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَدَّعِيَ نَسَبَهُ اثْنَانِ فِصَاعِدًا ، وَالْكَلَامُ فِي ذَلِكَ فِي فُصُولٍ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٌ ، فَهَمَا سَوَاءٌ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الذَّمِّيِّ ، وَالْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ عَلَى اللَّقِيْطِ ضَرْرًا فِي الْحَاقَةِ بِالْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ ، فَكَانَ الْحَاقَةُ بِالْحُرِّ الْمُسْلِمِ أَوْلَى ، كَمَا لَوْ تَنَازَعُوا فِي الْحَضَانَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ^(١٨) مِنْهُمْ إِذَا^(١٩) انْفَرَدَ صَحَّحَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا تَنَازَعُوا ، / تَسَاوَوْا فِي الدَّعْوَى^(٢٠) ، كَالْأَخْرَارِ الْمُسْلِمِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الضَّرَرِ لَا يَتَحَقَّقُ ، فَإِنَّا لَا نَحْكُمُ بِرِقِّهِ وَلَا كُفْرِهِ . وَلَا يُشْبِهُ النَّسَبَ الْحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أَنَّنا نَقْدُمُ

و ٢١١/٥

(١٦) سقط من : م .

(١٧) في الأصل : « الولد » .

(١٨ - ١٩) في م : « لو » .

(١٩) في الأصل : « دعواه » .

في الحَضَانَةِ الْمُوسِرَ وَالْحَضَرِيَّ ، وَلَا تُقَدَّمُهُمَا فِي دَعْوَى النَّسَبِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ :
 إِذَا كَانَ عَبْدٌ ، امْرَأَتُهُ أُمَّةٌ ، فِي أَيْدِيهِمَا صَبِيٌّ ، فَادَّعَى رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ امْرَأَتَهُ عَرَبِيَّةً أَنَّهُ
 ابْنُهُ مِنْ امْرَأَتِهِ ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِدَعْوَاهُ (٢٠) أَنَّهُ ابْنُهُ (٢١) ، فَهُوَ ابْنُهُ فِي قَوْلِ أَيْ تَوْرٍ وَغَيْرِهِ .
 وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُقْضَى بِهِ لِلْعَرَبِيِّ ، لِلْعَتَقِ الَّذِي يَدْخُلُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ
 الْمُدَّعِي مِنَ الْعَوَالِي عَبْدَهُمْ . وَقَوْلُهُمْ هَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ وَغَيْرَهُمْ فِي
 أَحْكَامِ اللَّهِ وَلُحُوقِ النَّسَبِ بِهِمْ سَوَاءٌ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ ، فَكَانَ لِأَحَدِهِمَا بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَهُوَ ابْنُهُ . وَإِنْ أَقَامَا
 بَيِّنَتَيْنِ ، تَعَارَضَتَا ، وَسَقَطَتَا ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِعْمَالُهُمَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُمَا فِي الْمَالِ
 إِمَّا بِقِسْمَتِهِ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ هَهُنَا ، وَإِمَّا بِالْإِقْرَاعِ بَيْنَهُمَا ، وَالْقُرْعَةُ لَا
 يَثْبُتُ بِهَا النَّسَبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ ثَبُوتُهُ هَهُنَا يَكُونُ بِالْبَيِّنَةِ لَا بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ
 مُرْجَحَةٌ . قُلْنَا : فَيَلْزَمُ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَاتَتْ بِوَلَدٍ ، أَنَّ (٢٢)
 يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونُ لِحُوقِهِ بِالْوُطْءِ لَا بِالْقُرْعَةِ .

الفصل الثالث : أَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ بِهِ (٢٣) بَيِّنَةٌ ، أَوْ تَعَارَضَتْ بِهِ بَيِّنَتَانِ ، وَسَقَطَتَا ، فَإِنَّمَا
 تُرِيهِ الْقَافَةَ مَعَهُمَا ، أَوْ مَعَ عَصَبَتَيْهِمَا عِنْدَ فَقْدِهِمَا ، فَنُلْحِقُهُ بِمَنِ الْحَقُّقَةُ بِهِ مِنْهُمَا . هَذَا
 قَوْلُ أَكْسَرٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَيَزِيدُ بْنُ عَبْدِ الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو
 ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا حُكْمَ لِلْقَافَةِ ، وَيُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ
 بِالْقَافَةِ تَعْوِيلٌ عَلَى مُجَرَّدِ الشُّبْهِ وَالظَّنِّ وَالتَّخْمِينِ ، فَإِنَّ الشُّبْهَ يُوجَدُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ ،
 وَيَتَنَفَّى بَيْنَ الْأَقَارِبِ ، وَلِهَذَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَاهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ
 اللَّهِ ، إِنَّ امْرَأَتِي وَلَكَتُ غُلَامًا أَسْوَدَ ، فَقَالَ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ :

(٢٠) - (٢١) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

نعم . قال : « فَمَا أَلْوَأَتْهَا ؟ » . قال : حُمَّرَ . قال : « فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » قال : نعم . قال : « أَلَيْ أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا تَزَعُ . قال : « وَهَذَا لَعَلَّ عِرْقًا تَزَعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٣) . قالوا : ولو كان الشَّيْبُ كَافِيًا لَا كُفِّيَ بِهِ فِي وَلَدِ الْمَلَأَيْنَةِ ، وفيما إذا أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرِثَةِ بِأَخٍ وَأَتَكَرَّهُ الْبَاقُونَ . ولنا ، ما رَوَى عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمًا مَسْرُورًا ، ثَبَرْتُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ / ، فَقَالَ : « أَلَمْ تَرَي أَنْ مُجَرَّرَ الْمُدْلِجِي نَظَرَ إِنْفًا إِلَى زَيْدٍ وَأَسَامَةَ ، وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامُ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٤) . فَلَوْ لَا جَوَازُ الْاعْتِمَادِ عَلَى الْقَافَةِ لِمَا سَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَا اعْتِمَادُ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَضَى بِهِ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يَنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ فِي وَلَدِ الْمَلَأَيْنَةِ : « انْظُرُوا هَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمَشَ السَّاقِينَ ^(٢٥) كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ ^(٢٦) فَلَا أَرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَحْمَلٌ ، جَعَدًا ، جُمَالِيَا ^(٢٧) ، سَابِغَ الْأَيْتَيْنِ ، خَدَجِ السَّاقِينَ ^(٢٨) ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ » . فَأَثَبَتْ بِهِ عَلَى التَّغْيِ

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب من شبه أصلًا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخاري ١٢٥/٩ . ومسلم ، في : كتاب اللعان ، صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا شك في الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٥/١ . والنسائي ، في : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٤) أخرجه البخاري ، في : باب صفة النبي ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفي : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفي : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٢٢٩/٤ ، ٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، في : باب العمل بلحاق القائف لولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨١/٢ ، ١٠٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأخوذ ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائي ، في : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، في : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢٥) حمش الساقين : أي رقيقهما . وفي النسخ : « أحمش » .

(٢٦) الوحرة : وزغة ، كسام أبرص .

(٢٧) جمالي : ضمخ الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمل .

(٢٨) خدج الساقين : يمتلئهما .

المَكْرُوه ، فقال النبي ﷺ : « تَوَلَّوْا الْإِيمَانَ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » (٢٩) . فقد حَكَمَ به النبي ﷺ للذي أَشَبَّهُهُ مِنْهُمَا . وقوله : « تَوَلَّوْا الْإِيمَانَ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يدلُّ على أَنَّهُ لم يَمْنَعُهُ مِنَ الْعَمَلِ بِالشَّبهِ إِلَّا الْإِيمَانُ ، فَإِذَا انْتَفَى الْمَانِعُ يَجِبُ الْعَمَلُ بِهِ لَوْجُودِ مُقْتَضِيهِ . وكذلك قولُ النبي ﷺ في ابْنِ أُمِّهِ زَمْعَةَ ، حين رَأَى بِهِ شَبَهَا يَتَّبِعُهُ بِنُ أَبِي وَقَّاصٍ : « اخْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ » (٣٠) . فَعَمِلَ بِالشَّبهِ فِي حَجَبِ سَوْدَةَ عَنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عَلَيْكُمْ ، إِذْ لم يَحْكَمْ النبي ﷺ بِالشَّبهِ فِيهِمَا ، بَلِ الْحَقُّ الْوَلَدُ بِزَمْعَةَ ، وَقَالَ لِعَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . وَلَمْ يَعْمَلْ بِشَبِّهِ وَلَدِ الْمَلَاعِنَةِ فِي إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، لِشَبِّهِهِ بِالْمَقْذُوفِ . قُلْنَا : إِنَّمَا لم يَعْمَلْ بِهِ فِي ابْنِ أُمِّهِ زَمْعَةَ ؛ لِأَنَّ الْفِرَاشَ أَقْوَى ، وَتَرَكَ الْعَمَلَ بِالْيَنَةِ لِمُعَارَضَةِ مَا هُوَ أَقْوَى مِنْهَا (٣١) ، لَا يُوجِبُ الْإِعْرَاضُ عَنْهَا (٣٢) إِذَا خَلَّتْ عَنْ الْمُعَارَضِ (٣٣) . وَكَذَلِكَ تَرَكَ إِقَامَةَ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ إِيْمَانِهَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : « تَوَلَّوْا الْإِيمَانَ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . عَلَى أَنَّ ضَعْفَ الشَّبهِ عَنْ إِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يُوجِبُ ضَعْفَهُ

(٢٩) حديث هلال بن أمية أخرجه البخاري ، في : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البيعة ... ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب ويدبرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفي : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن في المسجد ، وباب قول النبي ﷺ : لو كنت راجعا يغوي بيعة ، وباب قول الإمام : اللهم بين ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٢٣٣/٣ ، ١٢٦/٦ ، ٦٩/٧ - ٧٢ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٤/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢١/١ - ٥٢٥ . والترمذي ، في : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١ ، ٤٦ . والنسائي ، في : باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٠/٦ ، ١٤١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٢٢/٣ ، ٢٣٩ ، ٢٣٨/١ .

(٣٠) تقدم تحريجه في : ٣١٦/٧ .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) في : م (منه) .

(٣٣) في : م (عنه) .

(٣٤) في الأصل : « المعارضة » .

عن إلحاقِ النَّسَبِ ، فَإِنَّ الْحَدَّ فِي الرَّئْيِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَقْوَى الْبَيِّنَاتِ ، وَكَثْرَها عَدَدًا ، وَأَقْوَى الْإِقْرَارِ ، حَتَّى يُعْتَبَرُ فِيهِ تَكَرُّرُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَيُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ عَلَى الْوِلَادَةِ ، وَيَثْبُتُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى ، وَيَثْبُتُ مَعَ ظُهُورِ انْتِفَائِهِ ، حَتَّى لَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ بِوَلَدٍ وَرَزَّوْجُهَا غَائِبٌ عَنْهَا مِنْذَ عَشْرِينَ سَنَةً ، لَحِقَ وَلَدُهَا ، فَكَيْفَ يَخْتَجُّ عَلَى نَفْيِهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْحَدِّ ! وَلَأنَّهُ حَكَمَ بِظَنِّ غَالِبٍ ، وَرَأَى رَاجِحَ ، مِمَّنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْخِبَرَةِ ، فَجَازَ ، كَقَوْلِ الْمُقَوِّمِينَ / . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشُّبَةَ بِجَوْرٍ وَجُودُهُ ^(٣٥) وَعَدْمُهُ . قُلْنَا : الظَّاهِرُ وَجُودُهُ ^(٣٥) ، وَلِهَذَا قَالَ : النَّبِيُّ ﷺ حِينَ قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ : أَوْ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةَ ؟ قَالَ : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشُّبَةُ ؟ » ^(٣٦) . وَالْحَدِيثُ الَّذِي اخْتَجَّوْا بِهِ حُجَّةً عَلَيْهِمْ : لِأَنَّ انْكَارَ الرَّجُلِ وَلَدَهُ لِمُخَالَفَةِ كَوْنِهِ ، وَعَزْمُهُ عَلَى نَفْيِهِ لَذَلِكَ ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَادَةَ خِلَافُهُ ، وَأَنَّ فِي طَبَاعِ النَّاسِ انْكَارَهُ ، وَأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يُوْجَدُ نَادِرًا ، وَإِنَّمَا أَلْحَقَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ لِوُجُودِ الْفِرَاشِ ، وَتَجَوُّزِ مُخَالَفَةِ الظَّاهِرِ لِلدَّلِيلِ ، وَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ ، وَلَأنَّ ضَعْفَ الشُّبَةِ عَنْ نَفْيِ النَّسَبِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ ضَعْفُهُ عَنْ إِثْبَاتِهِ ، فَإِنَّ النَّسَبَ يَخْتَاطُ لِإِثْبَاتِهِ ، وَيَثْبُتُ بِأَدْنَى دَلِيلٍ ، وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ التَّشْدِيدُ فِي نَفْيِهِ ، وَأَنَّهُ لَا يَنْتَفِي بِالْأَقْوَى الْأَدِلَّةِ ، كَمَا أَنَّ الْحَدَّ لَمَّا اتَّفَقَ بِالشُّبَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِأَقْوَى دَلِيلٍ ، فَلَا يَلْزَمُ حِينَئِذٍ مِنَ الْمَنَعِ مِنْ نَفْيِهِ بِالشُّبَةِ فِي الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ ، أَنَّ لَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ فِي مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَهُنَا إِنْ عَمِلْتُمْ بِالْقَافَةِ فَقَدْ نَفَيْتُمُ النَّسَبَ عَنْ لَمْ تُلْحِقْهُ الْقَافَةُ بِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا اتَّفَقَ النَّسَبُ هَهُنَا لِعَدَمِ دَلِيلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا مَجْرَدُ الدَّعْوَى ، وَقَدْ عَارَضَهَا مِثْلُهَا ، فَسَقَطَ حُكْمُهَا ، وَكَانَ الشُّبَةُ مُرَجَّحًا لِأَحَدِهِمَا ، فَانْتَفَتْ دَلَالَةُ أُخْرَى ، فَلَزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لِانْتِفَاءِ دَلِيلِهِ ، وَتَقْدِيمُ اللَّعَانِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ الْعَمَلَ بِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، كَالْيَدِ تَقْدَمُ عَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ ، وَيُعْمَلُ بِهَا .

(٣٥ - ٣٥) سقط من: الأصل .

(٣٦) تقدم تخريجه في ٢٦٥/١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب الحياء في العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب قول الله تعالى ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخاري ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ ، والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

فصل : والقافة قومٌ يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائف . وقيل : أكثر ما يكون في بني مذليج رهط مجزئ المذليجي الذي رأى أسامة وأباه زيداً قد غطيا رؤوسهما ، ويدتأ أقدامهما ، فقال : « إن هذه الأقدام بعضها من بعض » . وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً ، عدلاً ، مجرباً في الإصابة ، حراً ؛ لأن قوله حكم ، والحكم تعتبر له هذه الشروط . قال القاضي : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة ، وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ، ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ؛ لأننا بينا (٣٧) خطأه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أرنا إياه مع عشرين فيهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً (٣٨) معروف النسب (٣٨) مع قوم / فيهم ٢١٢/٥ ط أبوه أو أخوه ، فإذا ألحقه بقربيه ، علمت إصابته ، وإن ألحقه بغيره ، سقط قوله ، جاز . وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاختياط في معرفة إصابته ، وإن لم تجربته في الحال ، بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كبيرة ، جاز . وقد رويناه أن رجلاً شريفاً شك في ولده من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمر به إياس ابن معاوية في المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال : ادع لي أباك . فقال له المعلم : ومن أبو هذا ؟ قال : فلان . قال : من أين علمت أنه أبوه ؟ قال : هو أشبه به من الغراب بالغراب . فقام المعلم مسروراً إلى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل وسأل إياساً ، فقال : من أين علمت أن هذا ولدي ؟ فقال : سبحان الله ، وهل يخفى وذلك (٣٩) على أحد ، إنه لأشبه (٤٠) بك من الغراب بالغراب . فسر الرجل ، واستلحق ولده .

(٣٧) في الأصل : « تبين » .

(٣٨ - ٣٨) في الأصل : « معروفا » .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) في م : « أشبه » .

وهل يُقْبَلُ قولٌ واحدٌ ، أو لا يُقْبَلُ إِلَّا قولُ اثْنَيْنِ ؟ فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إِلَّا قولُ اثْنَيْنِ ، فإنَّ الأثرَ مَرْوَى عنه ، أنَّه قيلَ له : إذا قالَ أَحَدُ القَائِفَةِ : هو هذا . وقال الآخرُ : هو هذا ؟ قال : لا يُقْبَلُ واحدٌ حتى يَجْتَمِعَ اثْنَانِ ، فيكونانِ شاهِدَيْنِ . فإذا شَهِدَ اثْنَانِ مِنَ القَائِفَةِ أنَّه لهذا ، فهو هذا ؛ لأنَّه قولٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، فأشَبَّ الشَّهَادَةَ . وقال القاضي : يُقْبَلُ قولُ الواحدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويُقْبَلُ في الحُكْمِ قولُ واحدٍ . وحَمَلَ كلامَ أحمدَ على ما إذا تَعَارَضَ قولُ القَائِفَيْنِ ، فقال : إذا خَالَفَ القَائِفُ غَيْرَهُ ، تَعَارَضَا وَسَقَطَا . وإن قالَ اثْنَانِ قولًا ، وخَالَفَهُمَا واحدٌ ، فَقَوْلُهُمَا أَوْلَى ؛ لأنَّهُمَا شاهِدَانِ ، فَقَوْلُهُمَا أَقْوَى من قولِ واحدٍ . وإن عَارَضَ قولُ اثْنَيْنِ قولُ اثْنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . وإن عَارَضَ قولُ الاثْنَيْنِ ثَلَاثَةً فَأَكْثَرَ ^(٤١) ، لم يُرْجَحْ ، وسَقَطَ الجَمِيعُ ، كما لو كانت إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ اثْنَيْنِ ، والأُخْرَى ثَلَاثَةً ^(٤٢) أو أَكْثَرَ ^(٤٣) . فَأَمَّا إنَّ الْحَقَّقَةَ القَائِفَةَ بواحدٍ ، ثم جاءتْ قَائِفَةٌ أُخْرَى فَالْحَقَّقَةُ بآخرٍ ، كانَ لَاحِقًا بِالْأَوَّلِ ؛ لأنَّ القَائِفَ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحَاكِمِ ، ومتى حَكَمَ الحَاكِمُ حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بِمُخَالَفَةِ غَيْرِهِ له . وكذلك إنَّ الْحَقَّقَةَ بواحدٍ ، ثم عَادَتْ فَالْحَقَّقَةُ بِغَيْرِهِ ؛ لذلك . فإن أَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ ، حُكِمَ له به ، وسَقَطَ قولُ القَائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فَيَسْقُطُ بِوُجُودِ الْأَصْلِ ، كالتَّيْمُمِ مع المَاءِ .

و ٢١٣/٥

فصل : وإنَّ الْحَقَّقَةَ القَائِفَةَ بِكَافِرٍ أَوْ رَقِيقٍ ، لم يُحْكَمْ بِكُفْرِهِ وَلَا رِقِّهِ ؛ لأنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالْإِسْلَامَ نَبَتَا له بِظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذَلِكَ بِمَجْرَدِ الشَّكِّ وَالظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذَلِكَ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ . وإنَّمَا قَبِلْنَا قولَ القَائِفِ فِي النَّسَبِ ، لِلْحَاجَةِ إِلَى إثْبَاتِهِ ، وَلِكَوْنِهِ غَيْرَ مُخَالِفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اِكْتَفَيْنَا بِهِ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَنَفِّرِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى إثْبَاتِ رِقِّهِ وَكُفْرِهِ ، وَإِثْبَاتُهُمَا يُخَالِفُ الظَّاهِرَ .

فصل ^(٤٤) : ولو ادَّعَى نَسَبَ اللَّقِيطِ إِنْسَانٌ ، فَالْحَقُّ نَسَبُهُ به ، لِاتِّفَادِهِ

(٤١) في م : : أو أَكْثَرَ .

(٤٢ - ٤٣) في م : : فَأَكْثَرَ .

(٤٣) في الأصل : : إِبْتَاهُ .

(٤٤) سقط من : م .

بالدَّعْوَى ، ثم جاءَ آخرُ فادَّعاهُ ، لم يُزَلْ نَسَبُهُ عن الأول ؛ لأنه حَكِمَ له^(٤٥) به ، فلا يُزُولُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فإنَّ الْحَقَّقَةَ به القافَّةُ ، لِحَقِّقْ به ، وانْقَطَعَ عن الأول ؛ لأنها يَنْتَهِي^(٤٦) في إلحاقِ النَّسَبِ ، ويُزُولُ بها الْحُكْمُ الثَّابِتُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كالشَّهَادَةِ .

فصل^(٤٦) : وإذا ادَّعاهُ اثنانِ ، فَالْحَقَّقَةَ القافَّةُ بهما ، لِحَقِّقْ بهما ، وكان ابْنُهُما ، يَرْتَبُهُما مِيراثَ ابْنٍ ، وَيَرْتَبُهُ جَمِيعًا مِيراثَ أَبٍ واحدٍ . وهذا يروى عن عمر ، وعلى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وهو قولُ أَبِي ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُّ بهما بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وقال الشَّافِعِيُّ : لَا يُلْحَقُّ بِأَكْثَرِ من والدٍ ، فإذا الْحَقَّقْتَ بهما سَقَطَ قَوْلُهُما ، ولم يُحْكَمْ لهما . واحتجَّ بِرِوَايَةِ عن عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ القافَّةَ قالت : قد اشترَكَا فيه . فقال عُمَرُ : وَإِلَّا ابْنُهُمَا شَيْئٌ . ولأنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ كَوْنُهُ من رَجُلَيْنِ ، فإذا الْحَقَّقْتَ القافَّةَ بهما ، تَبَيَّنَا كَذِبُهُما ، فسَقَطَ قَوْلُهُما ، كما لو الْحَقَّقْتَ بِأَمِينٍ^(٤٧) ، ولأنَّ الْمُدَّعِيَيْنِ^(٤٨) لو اتَّفَقَا على ذلك ، لم يَثْبُتْ ، ولو ادَّعاهُ كُلُّ واحدٍ منهما ، وأقامَ بَيِّنَةً ، سَقَطَتْما ، ولو جازَا أَنْ يُلْحَقَ بهما ، لَثَبَّتْ بِاتِّفَاقِهِما ، وَالْحَقِّقُ بهما عندَ تَعَارُضِ بَيِّنَتَيْهِما . ولنا ، ما رَوَى سَعِيدٌ ، في « سُنَنِهِ » : ثنا سُفْيَانُ ، عن يَحْيَى بنِ^(٤٩) سَعِيدٍ ، عن سليمانَ ابنِ يسَافٍ ، عن عمرَ ، في امْرَأَةٍ وَطِفْهَارَ جَلانَ في طُهْرٍ ، فقال القائفُ : قد اشترَكَا فيه جَمِيعًا . ففَعَّلَهُ بينهما^(٥٠) . وبإِسْنادِهِ عن الشَّعْبِيِّ قال : وعلى يقول : هو ابْنُهُما ، وهما أبَوَاهُ ، يَرْتَبُهُما وَيَرْتَبُهُ ابْنُهُ^(٥١) . وَرَوَاهُ الزُّبَيْرُ بنُ بَكَّارٍ ، بإِسْنادِهِ عن عمرَ . وقال

(٤٥) سقط من : الأصل .

(٤٦) - (٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٧) في الأصل : « بائتين » .

(٤٨) في الأصل : « المتداعيين » .

(٤٩) في م : « عن » . وانظر : الموطأ ٧٤٠/٢ .

(٥٠) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٠/٢ ، ٧٤١ .

والبيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبيئات . السنن الكبرى ٢٦٣/١٠ .

(٥١) انظر : إرواء الغليل ٢٧/٦ .

الإمام أحمد : حَدِيثُ قَتَادَةَ عَنْ سَعِيدٍ عَنْ عَمْرِ ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا ، وَقَابُوسُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ (٥٢) ، جَعَلَهُ بَيْنَهُمَا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فِي رَجُلَيْنِ اشْتَرَا فِي طَهْرٍ امْرَأَةً ، فَحَمَلَتْ فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشَبِّهُهُمَا ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا الْقَافَةَ فَنَظَرُوهُ (٥٣) ، فَقَالُوا : نَرَاهُ يُشَبِّهُهُمَا . فَالْحَقَهُ بَهُمَا ، وَجَعَلَهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ (٥٤) . قَالَ سَعِيدٌ : عَصَبَتُهُ الْبَاقِي مِنْهُمَا . وَمَا ذَكَرُوهُ عَنْ عَمْرِ لَا نَعْلَمُ صِحَّتَهُ ، وَإِنْ صَحَّ فَيَحْتَمِلُ / أَنَّهُ تَرَكَ قَوْلَ الْقَافَةِ لِأَمْرِ آخَرَ ، إِمَّا لِعَدَمِ ثَبَتِيهِمَا ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ ظَهَرَ لَهُ مِنْ قَوْلِيهِمَا وَاحْتِلَافُهُمَا (٥٥) مَا يُوجِبُ تَرْكَهُ ، فَلَا يَنْحَصِرُ الْمَانِعُ مِنْ قَبُولِ قَوْلِيهِمَا فِي أَلَّهِمَا اشْتَرَا كَافِيهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَلْحَقْتَهُ الْقَافَةُ بَهُمَا ، وَرِثُهُمَا وَوَرِثَاهُ ، فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا ، وَنَسَبُهُ مِنَ الْأَوَّلِ قَائِمٌ ، لَا يُزِيلُهُ شَيْءٌ . وَمَعْنَى قَوْلِهِ : « هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا » . وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ يَرِثُهُ مِيرَاثُ أَبِي كَامِلٍ ، كَمَا أَنَّ الْجَدَّةَ إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ مَا يَأْخُذُهُ الْجَدَّاتُ ، وَالزَّوْجَةُ تَأْخُذُ وَخَدَهَا مَا يَأْخُذُهُ جَمِيعُ الزَّوْجَاتِ .

ط ٢١٣/٥

فصل : وَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَالْحَقَّتْهُ بِهِمُ الْقَافَةُ ، فَتَصَّرَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مَهْنًا ، أَنَّهُ يُلْحَقُ بِثَلَاثَةٍ . وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ يُلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ وَإِنْ كَثُرُوا . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ اثْنَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ ؛ لِأَنَّا صِرْنَا (٥٦) إِلَى ذَلِكَ لِلْأَثَرِ ، فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ

(٥٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ قَالَ : يَفْرَعُ بَيْنَهُمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ قَافَةً ، مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ . الْمُسْنَدُ الْكَبِيرُ ٢٦٨/١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنَفُ ٣٦٠/٧ .

(٥٣) فِي م : « فَنَظَرُوا » .

(٥٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَافَةِ وَدَعْوَى الْوَلَدِ ، مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ . الْمُسْنَدُ الْكَبِيرُ ٢٦٤/١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنَفُ ٣٦٠/٧ .

(٥٥) فِي م : « وَاحْتِلَافُهُ » .

(٥٦) فِي الْأَصْلِ : « نَظَرْنَا » .

ابن الحَسَنِ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْنَى الَّتِي لِأَجْلِهَا لَحِقَ
بِاثْنَيْنِ ، مَوْجُودٌ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يُخْلَقَ^(٥٧) مِنْ اثْنَيْنِ ، جَازَ
أَنْ يُخْلَقَ^(٥٨) مِنْ أَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَاقَّةَ بِالْاثْنَيْنِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ .
مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، لَكِنَّهُ ثَبَتَ لِمَعْنَى مَوْجُودٍ فِي غَيْرِهِ ، فَيَجِبُ تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ بِهِ ،
كَأَنَّ إِبَاحَةَ أَكْلِ الْمَيْتَةِ عِنْدَ الْمُخْمَصَةِ أُبِيحَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لَا يَمْنَعُ مِنْ أَنْ يُقَاسَ
عَلَى ذَلِكَ مَا لَمْ يَحِلَّ فِيهِ ، وَالصَّيْدُ الْحَرَمِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، لَوْ جُودَ الْمَعْنَى ،
وَهُوَ إِبْقَاءُ النَّفْسِ ، وَتَحْلِيلُهَا مِنَ الْهَلَاقِ . وَأَمَّا قَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَجُوزُ الْحَاقَّةُ بِثَلَاثَةٍ ،
وَلَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، فَتَحْكَمُ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَفْتَضِرْ عَلَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، وَلَا عُدَى الْحُكْمِ
إِلَى كُلِّ مَا وَجَدَ فِيهِ الْمَعْنَى ، وَلَا تَعْلَمُ فِي الثَّلَاثَةِ مَعْنَى خَاصَّةً يَفْتَضِي الْحَاقَّةَ النَّسَبَ بِهِمْ ،
فَلَمْ يَجْزِ الْاِقْتِصَارُ عَلَيْهِ بِالتَّحْكُمِ .

فصل : وَإِذَا لَمْ تَوْجَدْ قَافَةً ، أَوْ أَشْكَلَ الْأَمْرُ عَلَيْهَا ، أَوْ تَعَارَضَتْ أَقْوَالُهَا ، أَوْ وَجَدَ
مَنْ لَا يُوْتَقُّ بِقَوْلِهِ ، لَمْ يَرْجَحْ أَحَدُهُمَا بِذِكْرِ عِلَامَةٍ فِي جَسَدِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَرْجَحُ بِهِ
فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى ، سِوَى الْاِتِّقَاطِ فِي الْمَالِ وَاللَّقِيطِ ، وَيَضِيعُ نَسَبُهُ . هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ .
وَقَدْ أَوْمَأَ^(٥٩) أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَجُلَيْنِ وَقَعَا عَلَى امْرَأَةٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، إِلَى أَنَّ الْاِبْنَ
يُخَيَّرُ أَيُّهُمَا أَحَبُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، قَالَ : يَتْرَكُ حَتَّى يُلْعَ ، فَيَنْتَسِبُ
إِلَى مَنْ أَحَبَّ مِنْهُمَا . / وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْجَدِيدِ ، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : حَتَّى يُمَيَّزَ ؛
لِقَوْلِ عُمَرَ : وَإِلَى أَيُّهُمَا شِفَتْ . وَلِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَمِيلُ بِطَبِيعِهِ^(٦٠) إِلَى قَرِيبِهِ دُونَ غَيْرِهِ ،
وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ نَسَبِهِ ، أَقْرَبُ مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِقْرَارِ ، وَصَدَقَهُ الْمُقَرُّلُ ، فَيُثَبِّتُ نَسَبُهُ ،
كَأَلَوْ أَنَّكَ دَعَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِالْمُدَّعِيَيْنِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا ، وَأَمَكَنَّ الْعَمَلُ بِيَهُمَا ، وَجَبَ ، كَأَلَوْ أَنَّكَ

(٥٧) فِي م : يُلْحَقُ .

(٥٨) فِي م زِيَادَةً : إِلَيْهِ .

(٥٩) فِي الْأَصْلِ : طَبِيعَهُ .

له بما ل . ولنا ، أن دَعَوَاهُمَا تَعَارَضَتَا ، ولا حُجَّةَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فلم تُثَبِّتْ ، كما لو ادَّعَيَا رَقَّةً . وقولهم : يَمِيلُ بِطَبِيعِهِ ^(٦٠) إِلَى قَرَاتِهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ بِأَنَّهُمَا قَرَاتُهُ ، فالمَعْرِفَةُ بِذَلِكَ سَبَبُ الْمِيلِ ، ^(٦١) فَلَا يَثْبُتُ ^(٦٢) قَبْلَهُ ، وَلَوْ ثَبَّتْ أَنَّهُ يَمِيلُ إِلَى قَرَاتِهِ ، لَكُنْهُ قَدْ يَمِيلُ إِلَى مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُلُوبَ جُبِلَتْ عَلَى حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا ، وَبُغْضِ مَنْ أَسَاءَ إِلَيْهَا ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَيْهِ لِإِسَاءَةِ الْآخَرِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ يَمِيلُ إِلَى أَحْسَنِهَا خُلُقًا أَوْ أَعْظَمَهِمَا قَدْرًا أَوْ جَاهًا أَوْ مَالًا ، فَلَا يَتَّقَى لِلْمِيلِ أَثَرٌ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى النَّسَبِ . وقولهم : إِنَّهُ صَدَّقَ الْمُقَرَّرَ بِنَسَبِهِ . قُلْنَا : لَا يَجِلُّ لَهُ تَصْدِيقُهُ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ ، أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ^(٦٣) . وَهَذَا لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبُوهُ ، فَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِهِ ، وَيُقَارِقُ مَا إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِنَّ الْمُنْفَرِدَ يَثْبُتُ ^(٦٤) النَّسَبُ بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ تَصْدِيقٍ . وَأَمَّا قَوْلُ عَمْرٍ : وَإِلَّا أَيُّهُمَا ^(٦٥) شَفَعَتْ . فَلَمْ يَثْبُتْ ، وَلَوْ ثَبَّتْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْمَوْلَاةِ ، لَا بِالْإِنْسَابِ . وَعَلَى قَوْلٍ مِنْ جَعَلَ لَهُ الْإِنْسَابَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، لَوْ اتَّسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ عَادَ وَاتَّسَبَ إِلَى الْآخَرِ ، وَتَقَى ^(٦٦) نَسَبَهُ مِنَ الْأَوَّلِ ، أَوْ لَمْ يَتَّسَبِ إِلَى أَحَدٍ ^(٦٧) ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَّتْ نَسَبَهُ ، فَلَا يَقْبَلُ رُجُوعَهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى مُنْفَرِدٌ نَسَبَهُ ثُمَّ أَنْكَرَهُ ، وَيُقَارِقُ الصَّبِيَّ الَّذِي يُخَيَّرُ بَيْنَ أَبِيهِ ، فَيُخْتَارُ أَحَدُهُمَا ، ثُمَّ يَرُدُّ إِلَى الْآخَرِ ^(٦٨) ، إِذَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا تَبَعَ اخْتِيَارَهُ وَشَهَوَّتَهُ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ اشْتَهَى طَعَامًا فِي يَوْمٍ ، ثُمَّ اشْتَهَى غَيْرَهُ فِي يَوْمٍ .

(٦٠) فِي الْأَصْلِ : (طبعه) .

(٦١ - ٦٢) فِي م : (ولا سبب) .

(٦٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه

٨٧٠/٢ .

(٦٤) فِي م : (ثبت) .

(٦٥) فِي م : (من) .

(٦٦) فِي الْأَصْلِ : (أو تقى) .

(٦٧) فِي م : (واحد) .

(٦٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

آخَر . وَإِنْ قَامَتْ لِلآخَرِ بِنْسَبِهِ بَيِّنَةٌ ، عُمِلَ بِهَا ، وَبَطَلَ اِئْتِسَابُهُ ؛ لِأَنَّهَا ^(٦٨) تُبْطِلُ قَوْلَ الْقَافَةِ ^(٦٩) ، الَّذِي هُوَ مُقَدِّمٌ عَلَى الْاِئْتِسَابِ ، فَلَأَنْ تُبْطِلَ الْاِئْتِسَابَ أَوَّلَى . وَإِنْ وَجَدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ اِئْتِسَابِهِ ، فَالْحَقَّتْهُ بَغْيَرٌ مِنَ اِئْتِسَابِ إِلَيْهِ ، بَطَلَ اِئْتِسَابُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَبَطَلَ بِهِ الْاِئْتِسَابُ كَالْبَيِّنَةِ مَعَ قَوْلِ الْقَافَةِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَتْ امْرَأَتَانِ نَسَبَ وَلَدٍ ، فَذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى قَبُولِ / دَعْوَاهُمَا ^(٧٠) ، فَإِنْ ٢١٤/٥ ظ
كَانَتْا مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُمَا ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُمَا . وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا ^(٧١) دُونَ الْأُخْرَى ، فَهُوَ اثْبَاهَا ^(٧٢) ، كَالْمُنْفَرِدَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَتْا جَمِيعًا مِمَّنْ تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا ، فَهَمَا فِي اثْبَائِهِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ كَوْنِهِ يُرَى الْقَافَةُ مَعَ عَدَمِهَا كَالرَّجُلَيْنِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ بَكْرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فِي يَهُودِيَّةٍ وَمُسْلِمَةٍ وَلَدَتْا ، فَادَّعَتْ الْيَهُودِيَّةُ وَلَدَ الْمُسْلِمَةِ ، فَتَوَقَّفَ ، فَقِيلَ : يُرَى الْقَافَةُ ؟ فَقَالَ : مَا أَحْسَنُهُ . وَلِأَنَّ الشَّيْءَ يُوجَدُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ اثْنَيْهَا ، كَوُجُودِهِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَابْنِهِ ، بَلْ أَكْثَرُ ، لِاخْتِصَاصِهَا ^(٧٣) بِحَمْلِهِ وَتَعْدِيَّتِهِ ، وَالكَافِرَةَ وَالْمُسْلِمَةَ ، وَالْحُرَّةَ وَالْأَمَةَ ، فِي الدَّعْوَى وَاحِدَةً ، كَمَا قُلْنَا فِي الرَّجُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَقُولُونَ فِيهِ يَقْبُولُ دَعْوَاهَا ^(٧٤) . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِأَمَّتَيْنِ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهَمَا ، وَبَطَلَ قَوْلُ الْقَافَةِ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ خَطَأَهُ يَقِينًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بِهِمَا بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ أَحَدَ الْأَبَوَيْنِ ، فَجَازَ أَنْ يُلْحَقَ بِاثْنَيْنِ ، كَالْآبَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا مُحَالٌ يَقِينًا . فَلَمْ يَجْزِ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ أَكْثَرَ ^(٧٥)

(٦٨) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « قَدْ » .

(٦٩) فِي الْأَصْلِ : « الْقَافَةُ » .

(٧٠) فِي م : « دَعْوَاهُمَا » . وَقَدْ وَحَدْنَا هَاهُنَا وَفِيمَا يَأْتِي .

(٧١) فِي النِّسْخِ هُنَا وَفِيمَا يَأْتِي : « دَعْوَاهَا » .

(٧٢) فِي م : « ابْنُهَا » .

(٧٣) فِي م : « لِاخْتِصَاصِهَا » .

(٧٤) فِي الْأَصْلِ : « دَعْوَاهَا » . وَفِي م : « دَعْوَاهُمَا » .

(٧٥) فِي الْأَصْلِ : « أَكْثَرُ » .

منهما أو مثلهما ، وفارقَ الرَّجُلَيْنِ ، فَإِنَّ كَوْنَهُ مِنْهُمَا مُمَكِّنٌ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ اجْتِمَاعُ
(٧٦) التُّطْفَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ (٧٦) فِي رَجَمِ امْرَأَةٍ ، فَيُمْكِنُ أَنْ يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَدٌ ، كَمَا يُخْلَقُ مِنْ
نُطْفَةِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ قَالَ الْقَائِفُ لِعُمَرَ : قَدْ اشْتَرَكَ فِيهِ (٧٧) . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ
إِلْحَاقِهِ بِمَنْ يُتَصَوَّرُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، إِلْحَاقَهُ بِمَنْ يَسْتَحِيلُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، كَمَا لَمْ يَلْزَمْ مِنْ إِلْحَاقِهِ
بِمَنْ يُولَدُ مِثْلَهُ لِمِثْلِهِ (٧٨) إِلْحَاقَهُ بِأَصْغَرَ مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى نَسَبَهُ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ ، فَلَا تَنَافَى بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا
بِنِكَاحٍ كَانَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ وَطْءٍ شَبِيهِ ، فَيُلْحَقَ بِهِمَا جَمِيعًا ، وَيَكُونُ أَنََّّهُمَا بِمَجْرَدِ
دَعْوَاهُمَا ، كَالْوَأْنِ فَرَدَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْدَعْوَى (٧٩) . وَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ : هَذَا ابْنِي مِنْ
زَوْجَتِي . وَادَّعَتْ زَوْجَتُهُ ذَلِكَ ، وَادَّعَتْهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى ، فَهُوَ ابْنُ الرَّجُلِ ، وَهَلْ تُرْجَحُ
زَوْجَتُهُ عَلَى الْأُخْرَى ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُرْجَحُ ؛ لِأَنَّ زَوْجَهَا أَبُوهُ ، فَالظَّاهِرُ
أَنَّهَا أُمُّهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَتْ ، لَأَلْحَقَ بِهَا ، فَإِذَا
اجْتَمَعَتَا تَسَاوَيَا .

فصل : وَإِنْ وَلَدَتِ امْرَأَتَانِ ابْنًا وَبِنْتًا ، فَادَّعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْإِبْنَ وَلَدَهَا
دُونَ الْبِنْتِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَرَى الْمَرَأَتَيْنِ الْقَافَةَ مَعَ الْوَلَدَيْنِ ، فَيُلْحَقُ
كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِمَنْ الْحَقُّهُ ، بِهِ ، كَالْوَأْنِ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا وَلَدٌ آخَرُ . وَالثَّانِي ، أَنْ نَعْرِضَ
لِبَنِيهِمَا (٨٠) عَلَى أَهْلِ الطَّبِّ وَالْمَعْرِفَةِ ، / فَإِنَّ لَبْنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبْنَ الْأُنثَى فِي طَبْعِهِ
وَزَيْتِهِ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ (٨١) لَبْنَ الْإِبْنِ ثَقِيلٌ ، وَلَبْنَ الْبِنْتِ خَفِيفٌ ، فَيُعْتَبَرَانِ

و ٢١٥/٥

(٧٦ - ٧٦) فِي الْأَصْلِ : « نَطْفَتِي الرَّجُلَيْنِ » .

(٧٧) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٣٧٧ .

(٧٨) فِي م : « لَلِ » .

(٧٩) فِي الْأَصْلِ : « بِالْدَعْوَةِ » .

(٨٠) فِي الْأَصْلِ : « لِبَنِيهِمَا » .

(٨١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بِطَّابِعِهِمَا^(٨٢) وَوَزَنَهُمَا ، وَمَا يَخْتَلِفَانِ بِهِ^(٨٣) عِنْدَ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، فَمَنْ كَانَ لَبْنُهَا لَبَنَ
الْأَبْنِ ، فَهُوَ وَلَدُهَا ، وَالْبِنْتُ لِلْأُخْرَى . فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، اعْتَبَرْنَا اللَّبْنَ خَاصَّةً . وَإِنْ
تَنَازَعَا أَحَدَ الْوَلَدَيْنِ ، وَهَاجِمِيَّاهُ ذَكَرَانِ أَوْ اثْنَانِ ، غَرَضُوا عَلَى الْقَافَةِ . كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا
تَقْدَّمَ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : هُوَ ابْنِي . وَقَالَ الْآخَرُ : هُوَ
ابْنَتِي . نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ ابْنَاهُ لِمُدَّعِيهِ ، وَإِنْ كَانَتْ ابْنَتَاهُ لِمُدَّعِيهَا ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا لَا يَسْتَحِقُّ غَيْرَ مَا ادَّعَاهُ . وَإِنْ كَانَ خُتْنَى مُشْكِلًا ، أَرَى الْقَافَةَ مَعَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، فَالْحُكْمُ
فِيهِمَا كَالْحُكْمِ فِيهِمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِدَّعْوَى ؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الْكَاذِبِ مِنْهُمَا كَازِبَةٌ ،
وُجُودُهَا كَعَدَمِهَا ، وَالْأُخْرَى صَادِقَةٌ ، فَيَتَعَيَّنُ الْحُكْمُ بِهَا .

فصل : وَإِذَا وَطِئَ رَجُلَانِ امْرَأَةً فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، وَطَقَا يَلْحَقُ النَّسَبَ بِمِثْلِهِ ، فَأَثَرَتْ
بَوْلًا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، مِثْلُ أَنْ يَطَّأَ جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِي طَهْرٍ ، أَوْ يَطَّأَ رَجُلٌ
امْرَأَةً آخَرًا أَوْ أُمَّتَهُ بِشَبْهَةٍ ، فِي الطَّهْرِ الَّذِي وَطِئَهَا زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهَا فِيهِ ، بِأَنْ يَجِدَهَا
عَلَى فِرَاشِهِ ، فَيُطِئُهَا زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، أَوْ يَدْعُو زَوْجَتَهُ فِي ظُلْمَةٍ ، فَتُجِيبُهُ زَوْجَةُ آخَرٍ أَوْ
جَارِيَتُهُ ، أَوْ يَتَزَوَّجُهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَزْوِيجًا فَاسِدًا ، أَوْ يَكُونُ نِكَاحُ أَحَدِهِمَا صَاحِحًا
وَالْآخَرُ فَاسِدًا ، مِثْلُ أَنْ يُطَلِّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ فَيَنْكِحَهَا آخَرٌ فِي عِدَّتِهَا وَوَطِئَهَا ، أَوْ يَبِيعَ
جَارِيَةً فَيَطْوَها الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، وَثَانِي بَوْلًا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَإِنَّهُ يُرَى
الْقَافَةُ مَعَهُمَا ، فَبِأَيِّهِمَا الْحَقُّوهُ لِحَقِّ . وَالْخِلَافُ فِيهِ كَالْخِلَافِ فِي اللَّقِيطِ .

فصل : وَإِذَا ادَّعَى رَقُّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سَمِعَتْ دَعْوَاهُ ؛ لِأَنَّهَا مُمَكِّنَةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ
مُخَالَفَةً لظَاهِرِ الدَّارِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا دَعْوَى تَخَالِفُ الظَّاهِرَ ،

(٨٢) فِي الْأَصْلِ : « بِطَّابِعِهِمَا » .

(٨٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

وَيُفَارِقُ^(٨٤) دَعْوَى النَّسَبِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لَا تُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ مُخَالِفَةٌ لَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ دَعْوَى النَّسَبِ يُثَبِّتُ بِهَا حَقًّا لِلْقَيْطِ ، وَدَعْوَى الرَّقِّ تُثَبِّتُ حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَمَا لَوْ ادَّعَى رِقَّ غَيْرِ الْقَيْطِ . فَإِذَا / لم تكن له بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، لَمْ تُخَلَّ ؛ إِمَّا أَنْ تُشْهَدَ بِالْيَدِ أَوْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْوِلَادَةِ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ أَوْ بِالْيَدِ ، لَمْ تُقْبَلْ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَأَمْرَأَتَيْنِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْوِلَادَةِ ، قُبِلَ فِيهِ أَمْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ أَوْ رَجُلٌ وَاحِدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، ثُمَّ نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُلْتَقِطِ ، لَمْ يُثَبِّتْ بِهَا مِلْكٌ ؛ لِأَنَّا عَرَفْنَا سَبَبَ يَدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ بَيِّنَةٍ فِي الْمِلْكِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ بِالْمِلْكِ ، فَقَالَتْ : تُشْهَدُ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ . حُكِمَ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَذْكُرْ سَبَبَ الْمِلْكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمِلْكِ دَارٍ أَوْ تَوْبٍ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِأَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، حُكِمَ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ لَا تَلِدُ فِي مِلْكِهِ إِلَّا مَلَكَةً . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ ابْنُ أُمِّهِ ، أَوْ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ ، وَلَمْ تَقُلْ : فِي مِلْكِهِ . اخْتَصَلَ أَنْ يُثَبِّتَ لَهُ الْمِلْكُ بِذَلِكَ ، كَقَوْلِهَا فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ مِلْكُهُ ، فَتَمَازُهَا مِلْكُهُ ، كَسَمِّيْنَهَا^(٨٥) . وَاخْتَصَلَ أَنْ لَا يُثَبِّتَ الْمِلْكُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَلِدَهُ قَبْلَ مِلْكِهِ لَهَا ، فَلَا تَكُونُ لَهُ وَهُوَ ابْنُ أُمِّهِ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى رِقَّ الْقَيْطِ بَعْدَ بُلُوغِهِ مُدَّعٍ ، كُلفَ إِجَابَتُهُ ، فَإِنْ أَلْكَرَ وَلَا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِي ، لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ^(٨٦) بِهَا ، فَإِنْ كَانَ الْقَيْطُ قَدْ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ بَيْنِعٍ أَوْ شِرَاءٍ ، تُقْضَتْ تَصَرُّفَاتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بَانَ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَأَقْرَ بِالرَّقِّ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ اعْتَرَفَ لِنَفْسِهِ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَاؤُهُ بِالرَّقِّ ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، وَهِيَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ فِي إِبْطَالِهَا^(٨٧) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اعْتَرَفَ بِالْحُرِّيَّةِ ، اخْتَصَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهَا ،

(٨٤) في م : « ويخالف » .

(٨٥) في الأصل : « كسميها » .

(٨٦) سقط من : الأصل .

(٨٧) في م : « يبطله » .

يُقْبَلُ . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه مجهول الحال ، أقر بالرق ، فيقبل ، كما لو قدم رجلان من دار الحرب ، فأقر أحدهما للآخر بالرق . وكما لو أقر بقبض أصير أو حد ، فإنه يُقبل وإن تضمن ذلك قوات نفسه . ويحتمل أن لا يُقبل ، وهو الصحيح ؛ لأنه يُطلَبُ به حق الله تعالى في الحرية المحكوم بها ، فلم يصح ، كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ، ولأنه محكوم بمحرته ، فلم يُقبل إقراره بالرق ، كما ذكرنا ، ولأن الطفل المتبوء لا يعلم رِق نفسه ، ولا حرّيتها ، ولم يتجدد له حال يعرف به رِق نفسه ؛ لأنه في تلك الحال ممن لا يُقبل ، ولم يتجدد له رِق بعد التقاطه ، فكان إقراره باطلا . وهذا قول القاسم ، وابن المنذر . وللشافعي وجهان كما ذكرنا . فإن قلنا : يُقبل إقراره . صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله . وهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ، وهو أحد قولَي الشافعي ؛ لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يُثبت ما عليه / دون ماله ، كما لو قال : لفلان علي ألف درهم ، ولي عنده رهن . ويحتمل أن يُقبل إقراره في الجميع . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنه ثبت ما عليه ، فيثبت ماله ، كالتيبة ، ولأن هذه الأحكام تتبع للرق ، فإذا ثبت الأصل بقوله ، ثبت التسع ، كما لو شهدت امرأة بالولادة ، ثبت ويثبت النسب تبعا لها . وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل ، فصده ، فهو كما لو أقر به جوابا . وإن كذبه ، بطل إقراره . ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر ، جاز . وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يُسمع إقراره الثاني ؛ لأن إقراره الأول تضمن^(٨٨) الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر له^(٨٩) ، فإذا بطل إقراره برّد المقر له ، بقي^(٩٠) الاعتراف بنفي مالك له غيره ، فلم يُقبل إقراره بما نفاه ، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق . ولنا ، أنه إقرار لم يقبله المقر له ، فلم يمنع إقراره ثانيا ، كما لو أقر له بقوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول . وفارق الإقرار بالحرية ، فإن إقراره بها لم يُطلَب ولم يرد .

(٨٨) في الأصل : « يتضمن » .

(٨٩) سقط من : م .

(٩٠) في الأصل : « نفى » .

فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم يخل من أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن كان ذكراً ، فإن كان قبل الدخول ، فسَدَ نِكَاحُهُ في حَقِّه ؛ لأنَّهُ مُيِّرَ أَنَّهُ عَبْدٌ تَزْوُجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، ولها عليه نصفُ المهر ؛ لأنَّهُ حَقٌّ عليه ، فلم يَسْقُطْ بقوله ، وإن كان بعد الدخول ، فسَدَ نِكَاحُهُ أيضاً ، ولها عليه المهرُ جميعه ، لما ذكرنا ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أقر بما يوجبُ الفُرْقَةَ ، لَزِمَتْهُ ، وَلَدَهُ حُرٌّ تَابِعٌ لَأُمِّهِ . وإن كان مُتَزَوِّجاً بِأَمَةٍ ، فولدُه لِسَيِّدِهَا ، وَيَتَعَلَّقُ الْمَهْرُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لأنَّ ذلك من جَنَائِيَتِهِ ، وَيُقَدِّيه سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وإن كان في يده كَسْبٌ ، اسْتَوْفَى الْمَهْرَ مِنْهُ ؛ لأنَّهُ لم يَثْبُتْ إقراره به لِسَيِّدِهِ بالنسبة إلى امرأته ، فلا يَنْقَطِعُ حَقُّهَا مِنْهُ بِإقراره . وإن قلنا : يُقْبَلُ قوله في جميع الأحكام ، فالتَّكَاحُ فاسِدٌ ؛ لَكَوْنِهِ تَزْوُجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَا مَهْرَ لها عليه إن لم تُكُنْ مَدْخُولاً بها ، وإن كان دَخَلَ بها ، فلها عليه الْمَهْرُ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ ، في إحدَى الرَّوَائِيَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى خُمْسَاهُ . وإن كان اللَّقِيطُ أَنْثَى ، فالتَّكَاحُ صَحِيحٌ في حَقِّهِ . وإن كان قبل الدخول ، فلا مهرَ لها ؛ لِإقرارِهَا بِفَسَادِ نِكَاحِهَا ، وَأَنَّهَا أَمَةٌ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، وَالتَّكَاحُ الْفَاسِدُ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ فِيهِ إِلَّا بِالْدَّخُولِ . وإن كان دَخَلَ بها ، لم يَسْقُطْ مَهْرُهَا ، وَلِسَيِّدِهَا الْأَقْلُ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْبَيْتِلِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى إن كان أَقْلٌ ، فَالزَّوْجُ / يُتَكْرَرُ وَجُوبُ الزَّيَادَةِ عَلَيْهِ ، وَقَوْلُهَا غَيْرُ مَقْبُولٍ في حَقِّهِ . وإن كان الْأَقْلُ مَهْرَ الْبَيْتِلِ ، فَهِيَ وَسَيِّدُهَا يُقْرَأَنَّ بِفَسَادِ النِّكَاحِ ، وَأَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرَ الْبَيْتِلِ ، فَلَا يَجِبُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا الْمُسَمَّى فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، فَيَجِبُ هُنَا الْمُسَمَّى ، قُلٌّ أَوْ كَثْرٌ ، لِإِعْتِرَافِ الزَّوْجِ بِوُجُوبِهِ . وَأَمَّا الْأَوْلَادُ ، فَأَحْرَارٌ ، وَلَا تَجِبُ قِيَمَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ يَقُولُهَا ، وَلَا يَجِبُ يَقُولُهَا حَقٌّ عَلَى غَيْرِهَا ، وَلَا يَثْبُتُ الرُّقَى في حَقِّ أَوْلَادِهَا بِإقرارِهَا . فَأَمَّا بَقَاءُ النِّكَاحِ ، فَيُقَالُ لِلزَّوْجِ : قَدْ ثَبَّتَ أَنَّهَا أَمَةٌ ، وَلَدُهَا رَقِيقٌ لِسَيِّدِهَا ، فَإِنْ اخْتَرْتَ الْمَقَامَ عَلَى ذَلِكَ فَأَقِمِ ، وَإِنْ شِئْتَ ففَارِقِيهَا . وَسَوَاءٌ كَانَ مَنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّا لَوْ اعْتَبَرْنَا ذَلِكَ ، وَافْسَدْنَا نِكَاحَهُ ، لَكَانَ إِفْسَادًا لِلْعَقْدِ جَمِيعِهِ يَقُولُهَا ؛ لِأَنَّ شَرْطَ نِكَاحِ الْأَمَةِ لَأَعْتَبِرَ فِي اسْتِدَامَةِ الْعَقْدِ ، إِنَّمَا تُعْتَبَرُ فِي اثْنَدَائِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ قَبِلْتُمْ قَوْلَهَا فِي أَنَّهَا أَمَةٌ فِي

ط ٢١٦/٥

المُسْتَقْبَل ، وفيه ضررٌ على الزوج . قلنا : لم يُقْبَل قولُها في إيجابِ حَقٍّ لم يَدْخُل في العَقْد عليه ، فأما الحُكْمُ في المُسْتَقْبَل ، فَيُمْكِنُ إيفاءُ حَقِّهِ وحَقٍّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ الرُّقُّ عليها ، بأنْ يُطْلَقَها ، فلا يَلْزُمُها ما لم يَدْخُلْ عليه ، أو يُقِيمُ^(٩١) على نِكَاحِها ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِها . فإن طَلَّقَها اغْتَدَّتْ عِدَّةُ الحُرَّةِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقٌّ لِلزَّوْجِ ، بِدَلِيلِ أَنَّها لا تَجِبُ إِلَّا بالدُّخُولِ ، وَسَبَّيْها النِّكَاحُ السابق ، فلا يُقْبَلُ قولُها في تَنْقِيصِها . وإن مات ، اغْتَدَّتْ عِدَّةُ الأَمَةِ ؛ لأنَّ المُقْلَبَ فيها حَقُّ الله تعالى ، بِدَلِيلِ وُجُوبِها قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَقَبِلَ قولُها فيها . وَمَنْ قال يَقْبُولُ قولُها في جَمِيعِ الأحكامِ ، فهذه أَمَةٌ قد تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِها ، فَنِكَاحُها فاسِدٌ ، وَيُفَرِّقُ بينهما . وإن كان قَبْلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ لها . وإن كان دَخَلَ بها ، وَجَبَ لها مَهْرُ أَمَةٍ تُكَيِّفُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِها ، على ما ذَكَرَ في مَوْضِعِهِ . وهل ذلك مَهْرُ المِثْلِ ، أو المُسَمَّى ؟ فيه رِوَايَتَانِ . وَتَعْتَدُ بِحَيْضَتَيْنِ^(٩٢) ؛ لأنَّهُ وَطْءٌ في نِكَاحٍ فاسِدٍ ، وَأَوْلَاذُهُ أحرارٌ ؛ لِاعْتِقَادِ حُرِّيَّتِها ، فَإِنَّهُ مَعْرُورٌ بِحُرِّيَّتِها ، وعليه قِيَمَتُهُم يَوْمَ الوَضْعِ . وإن مات عنها ، لم تَجِبْ عِدَّةُ الوَفَاةِ .

فصل : وإن كان قد تَصَرَّفَ بِبَيْعٍ أو شِرَاءٍ ، فَتَصَرَّفَهُ صَاحِبُ ، وما عليه من الحُقوقِ والأَمَانِ يُؤَدَّى مِمَّا في يَدَيْهِ ، وما فَضَّلَ عليه ففي ذِمَّتِهِ ؛ لأنَّ مُعَامِلَهُ لا يَعْتَرِفُ بِرَقِّهِ . ومن قال يَقْبُولُ إقرارَه / في جَمِيعِ الأحكامِ ، قال يَفْسَدُ عُقُودُهُ كُلُّها ، وَأَوْجِبَ رَدُّ الأَعْيَانِ إلى أَرْبابِها إن كانت باقيةً ، وإن كانت تالفةً ، وَجَبَتْ قِيَمَتُها في رَقَبَتِهِ ، إن قلنا : إن ما استدان العَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فهو في رَقَبَتِهِ . وإن قلنا بأنَّ اسْتِدَانَةَ العَبْدِ في ذِمَّتِهِ ، فهذا كذلك ، وَيَتَّبِعُ به بَعْدَ العِتْقِ ؛ لأنَّهُ ثَبَتَ رِضَى صَاحِبِهِ .

فصل : وإن كان قد جَنَى جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فعليه له^(٩٣) القَوْدُ ، حُرًّا كان المَجْنِي عليه أو عَبْدًا ؛ لأنَّ إقرارَه بالرَّقِّ يَفْتَضِي وُجُوبَ القَوْدِ عليه فيما إذا كان المَجْنِي

(٩١) في م : « يقيم » .

(٩٢) في الأصل : « حَيْضَتَيْنِ » .

(٩٣) سقط من : الأصل .

عليه عبداً أو حُرّاً ، فُقِبِلَ إقراره فيه . وإن كانت الجِنَايَةُ حُطّاً ، تَعَلَّقَ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُضِرٌّ بِهِ . فَإِنْ كَانَ أَرْضُهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَكَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي اسْتِقَاطِ الزِّيَادَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِالْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ الزِّيَادَةُ فِي نَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ وَاجِبًا لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي اسْتِقَاطِهِ . وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ ^(٩٤) جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوْدِ ، وَكَانَ الْجَانِي حُرّاً ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقَادُّ مِنْهُ لِلْعَبْدِ ، وَقَدْ أَقَرَّ لِلْمَجْنُونِ ^(٩٥) عَلَيْهِ بِمَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِمَالٍ يَقِلُّ ^(٩٦) بِالرَّقْ ، وَجِبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَإِنْ كَانَ كَانَ مُسَاوِيًا لِلْوَاجِبِ قَبْلَ الْإِقْرَارِ ، وَجِبَ ، وَيُدْفَعُ الْوَاجِبُ إِلَى سَيِّدِهِ . وَإِنْ كَانَ الْوَاجِبُ يَكْثُرُ لِكَوْنِ قِيَمَتِهِ عَبْدًا أَكْثَرَ مِنْ دَيْتِهِ حُرّاً ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا أَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ . وَمَنْ قَبِلَ قَوْلَهُ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا ^(٩٧) ، أَوْجِبَ أَرْضَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ إِذَا كَانَ حُرّاً ، سَقَطَ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّ إقراره بِالرَّقِ يَتَضَمَّنُ إقراره بِالسُّقُوطِ عَنِ الْعَاقِلَةِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي إِجَابِهِ عَلَى الْجَانِي ، فَسَقَطَ . وَقِيلَ : لَا يَتَحَوَّلُ عَنِ الْعَاقِلَةِ . وَمَنْ قَالَ : لَا ^(٩٨) يُقْبَلُ إقراره فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا . أَوْجِبَ الْأَرْضَ عَلَى الْجَانِي .

(٩٤) فِي النسخ : ٥ : عَلَيْهَا .

(٩٥) لِي م : ٥ : الْجَنِيِّ .

(٩٦) فِي الْأَصْل : ٥ : يَقْبَلُ .

(٩٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

كتاب الوصايا

/ الوصايا جنم وصية ، مثل العطايا جنم عطية . والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾ ^(١) . وقال الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فروى سعد ابن أبي وقاص ، قال : جاءني رسول الله ﷺ يعوذني عام حجة الوداع ، من وجع اشتد لي ، فقلت : يا رسول الله ، قد بلغني من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : « لَا » . قلت : فبالشطر يا رسول الله ؟ قال : « لَا » . قلت : فبالثلث ؟ قال : « الْثُلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَوْرَثَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وعن ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ^(٣) لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ ^(٤) يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » . متفق عليهما ^(٥) . وروى أبو أمامة ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ :

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) في م : ١٤١ .

(٥) الأول تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ . والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٢/٤ . ومسلم ، في : كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء في الحث على الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٩٧/٤ ، ٢٧٢/٨ ، ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب الكراهية في تأخير الوصية ، من كتاب الوصايا . المجتبى ١٩٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب الحث على الوصية ، من كتاب الوصايا . =

« إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٧) قَالَ : إِنَّكُمْ تَقْرَأُونَ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . وَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنْ الدِّينَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٨) . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ الْأَنْصَارِ وَالْأَغْصَارِ^(٩) عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَجِبُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ ، أَوْ عَلَيْهِ وَاجِبٌ يُوصَى بِالْخُرُوجِ مِنْهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَضَ أَدَاءَ الْأَمَانَاتِ ، وَطَرِيقُهُ فِي هَذَا الْبَابِ الْوَصِيَّةُ ، فَتَكُونُ مَقْرُوضَةً عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ عَلَى أَحَدٍ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَبِذَلِكَ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَوُّمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ^(١٠) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : أَجْمَعُوا

= سنن ابن ماجه ٩٠١/٢ . والدارمي ، في : باب من استحب الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٠٢/٢ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالوصية ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٣٠ ، ٨٠ ، ٥٧ ، ٥٠ ، ١٠/٢ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١٠٣/٢ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأخوذي ٢٧٥/٨ ، ٢٧٨ . كما أخرجه النِّسَائِيُّ ، في : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب لا وصية لوارث . من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ ، ٩٠٦ ، والدارمي ، في : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤١٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٦/٤ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٦٧/٥ .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) في : باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفي : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأخوذي ٢٤٥/٨ ، ٢٤٦ ، ٢٧٩ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب تأويل قول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٦/٤ . وابن ماجه ، في : باب الدين قبل الوصية ، سنن ابن ماجه ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٣١ ، ٧٩/١ ، ١٤٤ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في زيادة : « وإسحاق » .

على أَنَّ الوَصِيَّةَ غَيْرُ واجِبَةٍ ، إِلَّا على مَنْ عليه حُقُوقٌ غَيْرُ يَبْنَى ، وأمانةٌ غَيْرُ إَشْهادٍ ، إِلَّا طائِفَةٌ شَدَّتْ فَأَوْجَبَتْها . رَوَى عن الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قال : جَعَلَ اللهُ الوَصِيَّةَ حَقًّا مِمَّا قَلَّ أو كَثُرَ . وقِيلَ لأبي مَعْجَلٍ : على كلِّ مَيِّتٍ وَصِيَّةٌ ؟ قال : إِنْ تَرَكَ خَيْرًا . وقال أبو بَكْرٍ عَبْدُ العَزِيزِ : / هي واجِبَةٌ للأَقْرَبِينَ الذين لا يَرْتُونَ . وهو قول دَاوُدَ . وحكى ذلك عن مَسْرُوقٍ ، وطَاوُسٍ ، وإِبَاسٍ ، وقَتَادَةَ ، وابنِ جَرِيرٍ . واحتجُّوا بالآية ، وخَبِرَ ابنِ عمرَ ، وقالوا : نُسِختِ الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَيْنِ والأَقْرَبِينَ الوارِثِينَ ، وَبَيَّضَتْ في مَنْ لا يَرِثُ من الأَقْرَبِينَ . ولنا ، أَنَّ أَكْثَرَ أَصْحَابِ رَسولِ اللهِ ﷺ لم يَنْقُلْ عَنْهُمْ وَصِيَّةً ، ولم يَنْقُلْ لذلك نَكِيرٌ ، ولو كانت واجِبَةً لم يُخْلُوا بذلك ، وَلَقِيلَ عَنْهُمْ ثَقَلًا ظَاهِرًا ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ لا تَجِبُ في الحَيَاةِ ، فلا تَجِبُ بَعْدَ المَوْتِ كَعَطِيَّةِ الأَجَانِبِ . فَأَمَّا الآيةُ ، فقال ابنُ عَبَّاسٍ : نَسَخَهَا قولُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ﴾ ^(١١) . وقال ابنُ عمرَ : نَسَخَتْها آيةُ المِيراثِ . وبه قال عِكْرِمَةُ ، ومُجَاهِدٌ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ . وذَهَبَ طائِفَةٌ مِمَّنْ يَرى نَسْخَ القُرْآنِ بالسَّنَةِ ، إلى أَنَّها نُسِختْ بقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فلا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وحَدِثُ ابنِ عمرَ مَحْمُولٌ على مَنْ عليه واجِبٌ ، أو عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ .

فصل : وَنُسِختِ الوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ من المَالِ لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى قال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الوَصِيَّةَ ﴾ . فَنُسِخَ الوُجُوبُ ، وَبَقِيَ الامْتِخَابُ في حَقِّ مَنْ لا يَرِثُ . وَقَدَرَوِي ^(١٢) ابنُ عمرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « يَا أَيُّهَا آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيبًا مِنْ مَالِكَ حِينَ أَحْذُثُ بِكَ ظِمْلَكَ ^(١٣) ، لِأَطْهَرِكَ وَأَزْكِيكَ » . وعن أبي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ

(١١) سورة النساء ٧ .

(١٢) في م زيادة : عن .

(١٣) الكظم : مخرج النفس .

عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ يَثْلُثُ أَمْوَالُكُمْ ». رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهٗ ^(١٤) . وقال الشَّعْبِيُّ : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ ، فَلَمْ يَجُرْ ، وَلَمْ يَحْفَ ، كَانَ لَهُ مِنَ الْأَجْرِ مِثْلُ مَا لَوْ أَعْطَاهَا وَهُوَ صَحِيحٌ . وَأَمَّا الْفَقِيرُ الَّذِي لَهُ وَرَثَةٌ مُحْتَاجُونَ ، فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُوصَى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ قَالَ فِي الْوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النِّبِيُّ ﷺ لِسَعِيدٍ : « إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وقال : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ يَمَنْ تَعُولُ » ^(١٥) . وقال عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُوصَى : إِنَّكَ لَنْ تَدْعَ طَائِلًا ، إِنَّمَا تَرَكَتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وعنه : أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ لَيْسَ فِيهَا فَضْلٌ عَنِ الْوَرَثَةِ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ / لَهَا : لِي ثَلَاثَةُ آلَافٍ ذِرْهَمٍ ، وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ ، أَفَأُوصِي ؟ فقالت : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ . وعن ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : مَنْ تَرَكَ سَبْعِمِائَةِ ذِرْهَمٍ لَيْسَ عَلَيْهِ وَصِيَّةٌ . وقال عُرْوَةُ : دَخَلَ عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ صَلَاتُهُ لِيُصَلِّيَ ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ ^(١٦) : إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ، وَإِنَّكَ إِنَّمَا تَدْعُ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعُهُ لَوَرَثَتِكَ . وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي لَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ^(١٧) لِمَالِكِهِ ، فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَرَكَ دُونَ الْآلِفِ لَا تُسْتَحَبُّ لَهُ ^(١٨) الْوَصِيَّةُ . وعن عَلِيٍّ ، أَرْبَعُمِائَةِ دِينَارٍ . وقال ابْنُ عَبَّاسٍ : إِذَا تَرَكَ الْمِائَةَ سَبْعِمِائَةِ ذِرْهَمٍ ، فَلَا يُوصَى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا ، مَا تَرَكَ خَيْرًا . وقال طَاوُسٌ : الْخَيْرُ ثَمَانُونَ دِينَارًا . وقال النَّحَّيْجِيُّ : أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : الْقَلِيلُ أَنْ يُصِيبَ أَقْلُ الْوَرَثَةِ سَهْمًا ^(١٩) خَمْسُونَ ذِرْهَمًا . وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ الْمَتْرُوكُ لَا يُفْضَلُ عَنْ غِنَى الْوَرَثَةِ ، فَلَا تُسْتَحَبُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ

٥٥/٧ ظ

(١٤) في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ .

(١٥) تقدم تحريجه في ٣٠٨/٤ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : ١ ، وفي م : ٥ له .

(١٨) في ١ ، م : ٥ منها ، تحريف .

النبي ﷺ عَلَّلَ الْمَنَعَ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَوْلِهِ : « أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً » . ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم ، كان تركه لهم كعطيتهم إياه ، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم ، ففند هذا يخلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم ، وغناهم وحاجتهم ، فلا يتفقد بقدر من المال . والله أعلم . وقد قال الشعبي : ما من مال أعظم أجرا ، من مال يتركه الرجل لولده ، يُغنيهم به عن الناس .

فصل : والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنيا ؛ لقول النبي ﷺ :
« والثلث كثير » . قال ابن عباس : لو أن الناس غَضُوا من الثلث ، فإن النبي ﷺ قال : **« الثلث كثير »** . متفق عليه^(١) . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث . ولنا ، أن النبي ﷺ قال لسعد : **« الثلث كثير »** . مع إخباره إياه بكثرة ماله ، وقلة عياله ، فإنه قال في الحديث : **« إن لي مالا كثيرا ، ولا يرثني إلا أيتي »** . وروى^(٢) سعيد ، ثنا خالد بن عبد الله ، ثنا عطاء^(٣) بن السائب ، عن أبي عبد الرحمن السلمي ، عن سعد بن مالك ، قال : مرضت مرضا ، فعادني رسول الله ﷺ ، فقال لي : **« أوصيت ؟ »** . فقلت : نعم . **« أوصيت بمالي / كله للفقراء وفي سبيل الله »** . فقال لي رسول الله ﷺ : **« أوص بالثمن »** . فقلت : يا رسول الله ، إن مالي كثير . وورثتي أغنياء . فلم يزل رسول الله ﷺ يناقضني وأنا أقصه ، حتى قال : **« أوص بالثلث ، والثلث كثير »** . وقال أبو عبد الرحمن : لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئا ؛ لقول النبي ﷺ : **« الثلث ، والثلث كثير »** . إذا ثبت هذا ، فالأفضل للغني الوصية بالخمس . ونحو هذا يروى

و ٥٦/٧

(١٩) أخرجه البخاري ، في : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ٤/٣ ، ٤ .
 ومسلم ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .
 كما أخرجه النسائي ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢٠٤ . وابن ماجه ، في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .
 (٢٠ - ٢٠) في م : سعيد بن خالد ثنا ابن عبد الله ثنا ابن عطاء .

عن أبي بكر الصديق ، وعلى بن أبي طالب ، رضي الله عنهما . وهو ظاهر قول السلف ، وعلماء أهل البصرة . ويروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه جاءه شيخ ، فقال : يا أمير المؤمنين ، أنا شيخ كبير ، ومالي كثير ، ويروني أغراب موال كلاله ، متزوح نسبهم ، أفأوصي بمالي كله ؟ قال : لا . قال (٢١) : فلم يزل يحط (٢٢) حتى بلغ العشر (٢٣) . وقال إسحاق : السنة الربع ، إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حُرمة (٢٤) شبهات أو غيرها ، فله استيعاب الثلث . ولنا ، أن أبا بكر الصديق ، رضي الله عنه ، أوصى بالخمس . وقال : رضيت بما رضي الله به لنفسه . يعني قوله تعالى : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ (٢٥) ، وروى أن أبا بكر وعلياً ، رضي الله عنهما ، أوصيا بالخمس . وعن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : لأن أوصي بالخمس ، أحب إلي من الربع . وعن إبراهيم ، قال : كانوا يقولون : صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث ، وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع . وعن الشعبي قال : كان الخمس أحب إليهم من الثلث ، فهو منتهى الجامع . وعن العلاء ابن زياد قال : أوصى أبي أن أسأل العلماء ، أي الوصية أعدل ؟ فما تنازعوا عليه فهو وصيته ، فتابعوا على الخمس .

فصل : والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون ، إذا كانوا فقراء ، في قول عامة أهل العلم . قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك ، إذا كانوا ذوي حاجة ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين ، فخرج

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : يحطه .

(٢٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من استحب التفصان عن الثلث ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧٠/٦ . وابن أبي شبة ، في : باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٢٠٢/١١ . وعبد الرزاق ، في : باب كم يوصى الرجل من ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٦٤/٩ .

(٢٤) سقط من : ١ .

(٢٥) سورة الأنفال ٤١ .

منه الوارثون بقول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وَيَقَى سَائِرُ الْأَقَارِبِ ^(٢٦) عَلَى
الْوَصِيَّةِ ^(٢٧) لَهُمْ . وَأَقْلُ ذَلِكَ اسْتِخْبَابُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَآتَ ذَا الْقُرْبَىٰ
حَقَّهُ ﴾ ^(٢٨) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ ﴾ ^(٢٩) قَبْدًا بِهِمْ ،
وَلَأَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ أَفْضَلُ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ . فَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِهِمْ
وَتَرَكَهُمْ ، صَحَّحَتْ وَصِيَّتُهُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ سَالِمٌ ، وَسَلِيمَانُ بْنُ
يَسَارٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنْ طَاوُسٍ ، وَالضُّحَّاكِ ، وَعَبِيدِ الْمَلِكِ بْنِ يَعْلَى ، أَنَّهُمْ
قَالُوا : يُنْزَعُ عَنْهُمْ ، وَيُرَدُّ إِلَى قَرَاتِهِ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَجَابِرِ بْنِ
زَيْدٍ : لِلَّذِي أَوْصَى لَهُ ثُلُثَ الثَّلَاثِ ، وَالْبَاقِي يُرَدُّ إِلَى قَرَابَةِ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَالِهِ
كُلَّهُ جَازَ مِنْهُ الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي رُدُّ عَلَى الْوَرَثَةِ ، وَأَقَارِبُهُ الَّذِينَ لَا يَرْتُونَ فِي اسْتِخْفَاقِ
الْوَصِيَّةِ كَالْوَرَثَةِ فِي اسْتِخْفَاقِ الْمَالِ كُلِّهِ . وَلَنَا ، مَارُؤِيُّ عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا
أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ سِتَّةَ أَعْبِيدَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَدَعَاهُمْ ،
فَجَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، ثُمَّ أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقُ أَرْبَعَةً ^(٣٠) . فَأَجَازَ الْعَتَقَ
فِي ثُلَاثِهِ لَغَيْرِ قَرَاتِهِ ، وَلَأَنَّهُمَا عَطِيَّةٌ ، فَجَازَتْ لِغَيْرِ قَرَاتِهِ ، كَالْعَطِيَّةِ فِي الْحَيَاةِ .

(٢٦) - (٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سورة الإسراء ٢٦ .

(٢٨) سورة البقرة ١٧٧ .

(٢٩) أخرجه مسلم ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ .
وأبو داود ، في : باب من أعتق عبدا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥٣/٢ . والترمذي ،
في : باب ما جاء في من يعتق مملوكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عاوضة الأحوذى
١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من يموت في وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥١/٤ ،
٥٢ . والإمام مالك ، في : باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٤/٢ . مرسلا .
والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

٩٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا وصَّى لوارثه بوصية ، فلم يُجزها سائر الورثة ، لم يصح . بغير خلاف بين العلماء . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنْ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ . وابن ماجه ، والترمذي^(١) . ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده^(٢) ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافى العذل بينهم بإعطاء الذى لم يُعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ، ففي حال موته أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلق الحقوق به ، وتعدُّى تلافى العذل بينهم ، أولى وأخرى . وإن أجازها ، جازت ، في قول الجمهور من العلماء . وقال بعض أصحابنا : الوصية باطلة ، وإن أجازها سائر^(٣) الورثة ، إلا أن يُعطوه عطية مبتدأة . / أخذنا من ظاهر قول أحمد ، في رواية حنبل : لا وصية لوارث .

٥٧/٧ و

وهذا قول المزينى ، وأهل الظاهر . وهو قول للشافعى ، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ » . وظاهر مذهب أحمد والشافعى ، أن الوصية صحيحة في نفسها . وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله ، فصَحَّ ، كما لو وصَّى لأجنبي ، والخبر قد روى فيه : « إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ » . والاستثناء من النفي إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على^(٤) صحة الوصية عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة ، أو ما أشبه هذا ، أو يُقدَّر فيه : لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة . وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحتي ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سقط من الأصل ، ١ .

(٤) في الأصل ، م ، د : من ، .

فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة مَحْضَة ، يَكْفِي فيها قول الوارث : أَجَزْتُ ، أو أَمْضَيْتُ ، أو تَقَدَّذْتُ . فإذا قال ذلك ، لَرِمَتْ الوَصِيَّةُ . وإن كانت باطلة ، كانت الإجازة هبةً مُبْتَدَأَةً ، تَقْتَضِي شروط الهبة ، من اللَّفْظِ والقَبُولِ والقَبْضِ ، كالهبة المُبْتَدَأَة . ولو رَجَعَ المُجِيزُ قَبْلَ القَبْضِ فيما^(٥) يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ، صَحَّ رُجُوعُهُ .

فصل : وإن أَسْقَطَ عن واريثه دَيْنًا ، أو أَوْصَى بِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، أو أَسْقَطَتِ الْمَرْأَةُ صَدَاقَهَا عن زَوْجِهَا ، أو عَفَا عن جَنَايَةٍ مُوجِبِهَا المَالُ ، فهو كالْوَصِيَّةِ . وإن عَفَا عن الْقِصَاصِ ، وَقَلْنَا : الواجبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . سَقَطَ إلى غيرِ بَدَلٍ . وإن قَلْنَا : الواجبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَوَجَبَ المَالُ . وإن عَفَا عن حَدِّ الْقَذْفِ ، سَقَطَ مُطْلَقًا . وإن وَصَّى لِغَرِيمٍ واريثه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ . وكذلك إن وَهَبَ له . وبهذا قال الشافعي ، وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ؛ لأنَّ الوارثَ يَنْتَفِعُ بهذه الوَصِيَّةِ ، وتُسْتَوْفَى دِيُونُهُ منها . ولنا ، أَنَّهُ وَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ ، فَصَحَّ ، كما لو وَصَّى لِمَنْ عَادَتْهُ الإِحْسَانُ إلى واريثه . وإن وَصَّى لِوَلَدٍ واريثه ، صَحَّ ، فإن كان يَقْصِدُ بذلك نَفْعَ الوارثِ ، لم يَجْزُ فيما بينه وبين الله تعالى . قال طائوس ، في قوله عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصِرٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾^(٦) قال : أن يُوصِيَ لِوَلَدٍ ابْنَتِهِ ، وهو يُريدُ ابْنَتَهُ . / ٥٧/٧ ط رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٧) . قال ابن عباس : الْجَنَفُ في الوَصِيَّةِ والإِضْرَارُ فيها من الكِبَائِرِ .

فصل : وإن وَصَّى لِكُلِّ واريثٍ بِمُعَيَّنٍ من مَالِهِ بِقَدَرٍ نَصَبِهِ ، كَرَجُلٍ خَلْفَ ابْنَتَا وَبَنَاتَا ، وَعَبْدًا قِيَمَتُهُ مائَةٌ ، وَجَارِيَةً قِيَمَتُهَا خَمْسُونَ ، فَوَصَّى لِابْنَتِهِ بِعَبْدِهِ ، وَلابْنَتِهِ بِأَمَتِهِ ، اِحْتَمَلَ أن تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ حَقَّ الوارثِ في القَدَرِ لا في العَيْنِ ، بِدَلِيلِ مَالِهِ عَاوِضَ الْمَرِيضِ بَعْضَ وَرَثَتِهِ أو أَجْنَبِيًّا بِجَمِيعِ مَالِهِ ، صَحَّ إذا كان ذلك بِثَمَنِ المِثْلِ ،

(٥) في الأصل ، م : د فما ه .

(٦) سورة البقرة ١٨٢ .

(٧) لم نجده فيما طبع من سنن سعيد بن منصور . وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال بنسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثونه ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ . والدارقطني ، في : كتاب الوصايا . سنن الدارقطني ١٥٢/٤ .

وإن تضمن قَوَات غَنِي المال . واحتَمَلَ أن تَقِف على الإجازة ؛ لأن في الأغنيان غَرَضًا صَحِيحًا ، وكما لا يجوزُ إبطال حَقِّ الوارث في قَدْرِ حَقِّه ، لا يجوزُ من غِنَاه .

فصل : وإذا مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عليه بغيرِ عَوَضٍ ، عَتَقَ وَوَرِثَ . وبهذا قال مالِكُ ، وبعضُ أصحابِ الشافعيِّ . وحكاها الخُبرِيُّ مَذْهَبًا للشافعيِّ . ولا خِلَافَ بين هؤَلاءِ في أَنَّهُ إذا مَلَكَه بالميراثِ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وإلَّا سَعَى فيما بَقِيَ عليه ، ولم يَرِثُ . ولم يُفَرِّقْ بين أن يَمْلِكْهُ بَعوضٌ أو غيره . وقال أبو يوسف ، وعَمَدٌ : يُحْتَسَبُ ميراثُهُم من قِيَمَتِهِم ، فإن فَضَلَ شيءٌ أَخذَهُ ، وإن فَضَلَ عليهم شيءٌ سَعَوْا فيه . ولنا ، أن المَرِيضَ لم يَضَعْ فيهِم شيئاً من مالِهِ ، وإنما تَعاطَى سَبَبُ مِلْكِهِم على وَجْهِه لم يَسْتَفِرَّ ، وزَالَ بغيرِ إزالَةٍ ، فلم يُحْتَسَبْ عليه من ثَلَاثِهِ ، كما لو أَتَهَبَ شيئاً فَرَجَعَ الواهبُ فيه قَبْلَ قبْضِهِ ، أو اشْتَرَى شيئاً فيه غِبْطَةٌ بِشَرْطِ الخِيَارِ ففَسَخَ البائعُ ، أو وَجَدَ بالثَمَنِ عَيًّا ففَسَخَ البَيْعَ ، أو تزَوَّجَتِ المَرْأَةُ فَطُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ . وإذا لم تُكُنْ وَصِيَّةً^(٨) تُحْتَسَبُ عليه من الثُّلُثِ ، لم يُمنَعَ الميراثُ ، كما لو مَلَكَه بالميراثِ^(٩) عِنْدَ مَنْ سَلَّمَهُ ، أو كما لو كان ذلك في صِحَّتِهِ ، فإن^(١٠) مَلَكَه بَعوضٌ ، كالشَّراءِ^(١١) ، فحكى الخُبرِيُّ عن أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَعْتَقُ وَيَرِثُ . وهذا قولُ ابنِ المَاجِشُونِ ، وأهلِ البَصْرَةِ . وقال القاضي ، في « المُجَرَّدِ » : إن مَلَكَه بَعوضٌ ، وَخَرَجَ من الثُّلُثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وإلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وهذا قولُ مالِكٍ . وقال الخُبرِيُّ : وهو أَحَدُ الوَجهَيْنِ لأصحابِ الشافعيِّ . « وحكى غيره عن الشافعيِّ^(١٢) أَنَّهُ لا فَرَقَ عِنْدَهُ بين أن يَمْلِكْهُ بَعوضٌ أو غيره ، وَأَنَّهُ إن خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وإلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، ولا يَرِثُ في الحالين ؛ لأنَّهُ لو وَرِثَ لكانَ إِعْثاقُهُ وَصِيَّةً

و ٥٨/٧

(٨) في ١ ، م زيادة : « لم » .

(٩ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١٠) في ١ : « فأما إن » .

لَوَارِثٍ ، فَيَنْطَلُ عَتَقَهُ ، وَيَنْطَلُ مِيرَاثُهُ ، لِيُطْلَلَ عَتَقَهُ ، فَيُؤَدَّى ثَوْرِيَّتُهُ^(١١) إِلَى إِبْطَالِ ثَوْرِيَّتِهِ ، فَصَحَّحْنَا عَتَقَهُ وَلَمْ نُؤَرِّثْهُ ، لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى ذَلِكَ . وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيَّتِهِ فِي هَذَا ، كَمَذْهَبِهِمْ فِيمَا إِذَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَلَنَا ، عَلَى إِعْتَاقِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ »^(١٢) . وَلَأنَّهُ مَلَكَ وَجَدَ مَعَهُ مَا يُنَافِيهِ ، فَبَطَلَ ، كَمِلْكِ النِّكَاحِ مَعَ مِلْكِ الرِّقَةِ ، أَغْنَى فِيمَا إِذَا اشْتَرَى أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبَهُ ، وَإِذَا عَتَقَ وَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ سَبَبَ الْمِيرَاثِ عَرِيًّا عَنِ الْمَوَارِعِ ، فَوَرِثَ ، كَمَا لَوَرِثَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ عَتَقَهُ وَصِيٌّ . لَا يَصِحُّ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فَعْلُهُ ، وَالْعِتْقَ هُنَا يَحْصُلُ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، وَلَا إِرَادَتِهِ ، وَلَأنَّ رَمَةَ الْمُعْتَقِ لَا تُحْصَلُ لَهُ ، وَإِنَّمَا تُثْلَفُ مَالِيَّتُهُ وَتُزَوَّلُ ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ كَتَلْفِهِ بِقَتْلِ بَعْضٍ فَيَقِيهِ ، أَوْ كإِثْلَافِ بَعْضٍ^(١٣) مَالِهِ فِي بِنَاءِ مَسْجِدٍ ، مِثَالُ ذَلِكَ ، مَرِيضٌ وَمِسْكِينٌ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ وَبَقِيَّتُهُ مَائَةٌ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَرِيضُ ، وَخَلَفَ ابْنَاهُ آخَرَ وَمَائَتَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ، وَيُقَاسِمُ أَخَاهُ^(١٤) الْمَائَتَيْنِ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ . وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، فِيمَا حَكَى عَنْهُ غَيْرُ الْخَبَرِيِّ ، يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ^(١٥) شَيْئًا . وَعِنْدَ صَاحِبِيَّتِي أَبِي حَنِيفَةَ ، يَعْتِقُ وَلَهُ نِصْفُ التَّرِكَةِ ، فَيُخْتَسَبُ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ وَيَبْقَى لَهُ خَمْسُونَ . وَإِنْ كَانَ بَاقِي التَّرِكَةِ خَمْسِينَ ، فَعِنْدَنَا يَعْتِقُ ، وَلَهُ نِصْفُ الْخَمْسِينَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَعْتِقُ نِصْفَهُ ، وَيَسْعَى فِي بَاقِيهِ ، وَالْخَمْسُونَ كُلُّهَا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في من ملك ذارحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من ملك ذارحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب من ملك ذارحم محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ١٥/٥ ، ١٨ .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الزيادة : هـ .

(١٥) في م : يورث .

لأَخِيهِ . وقال صاحبَاهُ : يَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وعند الشافِعِيِّ ، في قول غيرِ الخَبَرِيِّ ، يَعْتِقُ نِصْفَهُ ، وَيَرِيقُ نِصْفَهُ ، ونِصْفُهُ الرِّقِيقُ والخُمْسُونَ كُلُّهَا لِأَخِيهِ . وإن كان باقِي التَّرِكَةِ ثَلَاثُمِائَةٍ ، فعندنا يَعْتِقُ وله مائةٌ وخُمْسُونَ . وعند الشافِعِيِّ ، يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ شَيْئًا . وعند صاحبِي أُمَى حَنِيفَةَ ، يَعْتِقُ وله مائةٌ . فإن كان اشْتَرَى ابْنَهُ بِمِائَةٍ ، وماتَ ، وخَلَّفَ ابْنًا آخَرَ ومِائَةً أُخْرَى ، فعلى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، يَعْتِقُ وَيُقَاسِمُ^(١٦) أَخَاهُ الْمِائَةَ الْبَاقِيَةَ . وعلى مَا حَكَاهُ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ مِنْهُ ثُلَاثًا ، وَيَرِثُ أَرْبَعِينَ ، وَيَعْتِقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، وَلَا يَرِثُ بِذَلِكَ الْجُزْءِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَهُ حَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ . وعند الشافِعِيِّ يَعْتِقُ ثُلَاثًا ، وَلَا يَرِثُ . / وقال أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ ثُلَاثًا ، وَيَسْعَى بِبَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ . وعند صَاحِبِيهِ ، يَعْتِقُ كُلَّهُ ، وَلَا يَرِثُ شَيْئًا ، فإن كان قد تَصَدَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ بِثُلَاثِهِ ، أَوْ حَاتِي بِهِ ، لم يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّهُ الثُّلُثُ قَدْ ذَهَبَ .

فصل : وإن مَلَكَ من وَرَثَتِهِ مَنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَبَنِي عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُمْ في مَرَضِهِ ، فَعِتَقَهُمْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ وَاخْتِيَارِهِ ، وَحُكْمُهُمْ في الْعِتْقِ حُكْمُ الْأَجَانِبِ ، إن خَرَجُوا من الثُّلُثِ عَتَقُوا ، ولَا عَتَقَ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَيَتَبَغَى أَنْ يَعْتِقُوا وَلَا يَرِثُوا ؛ لِأَنَّهُمْ لو وَرِثُوا لَكَانَتْ وَصِيَّةً لَوَارِثِ ، فَيَنْطَلِعُ عِتْقُهُمْ ، ثُمَّ يَنْطَلِعُ مِيرَاثُهُمْ . وقد قال أَبُو الْخَطَّابِ ، في رَجُلٍ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ ، فَأَقْرَفَ في مَرَضِهِ أَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ في صِحَّتِهِ : عَتَقَ ، ولم يَرِثْ . وهذا في مَعْنَى مَا ذَكَرْنَا ؛ لِأَنَّهُ إقْرَارُهُ لَوَارِثِ غَيْرِ مُقْبُولٍ ، فَمَنْعًا مِمَّا يَرَاهُ يُقْبَلُ إقْرَارُهُ لَهُ بِالْإِعْتِقَاقِ .

فصل : مَرِيضٌ اشْتَرَى أَبَاهُ بِالْأَلْفِ ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فعلى رِوَايَةِ الْخَبَرِيِّ^(١٧) ، يَعْتِقُ كُلَّهُ . وعلى الْقَوْلِ الْآخَرَ يَعْتِقُ ثُلَاثَهُ عَلَى^(١٨) الْمُعْتِقِ ، وَيَعْتِقُ بَاقِيَهُ عَلَى ابْنِهِ . وهذا قَوْلُ مَالِكٍ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ ثُلَاثَهُ ، وَيَسْعَى لِلْأَبْنِ في ثُلَاثِهِ . وعلى قَوْلِ

(١٦) في م : : ويقسم .

(١٧) في ا ، م : : الخبر .

(١٨) في م : : وعلى .

صَاحِبِيْهِ ، يَعْتَقُ سُدُسَهُ ، وَيَسْعَى فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ . وَقِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ :
يُفْسَخُ الشَّرَاءُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الابْنُ عِتْقَهُ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ . وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلَاثِهِ .
وإنْ خَلَفَ الْفَتْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ سُدُسَهُمَا . وَبِهِ قَالِ الْمَلِكُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَفِي
قَوْلِ صَاحِبِيْهِ ، يَعْتَقُ نِصْفَهُ ، وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ نِصْفِهِ .

فصل : وَإِذَا وَهَبَ لِإِنْسَانٍ^(١٩) أَبَوْهُ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يَقْبَلَهُ ، وَلَمْ
يَجِبْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ إِعْتَاقٌ لِأَيِّهِ مِنْ
غَيْرِ الزَّامِ^(٢٠) . وَمَالُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اسْتِجْلَابُ مِلْكٍ^(٢١) الْأَبِّ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ، كَأَلَوْ يُذَلُّ لَهُ
يَعْوَضُ ، أَوْ كَأَلَوْ يُدَلُّ لَهُ ابْنُهُ أَوْ غَيْرُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ يُلْحِقُ الْمِثَّةَ بِهِ ،
وَيَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ وَكُسُوتُهُ .

فصل : إِذَا وَصَّى لِوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ بِثُلَاثِهِ ، فَأَجَازَ سَائِرَ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ ، فَالْثُلُثُ
بَيْنَهُمَا . وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُمَا الثُّلُثُ ، فَأَجَازَ سَائِرَ الْوَرِثَةِ وَصِيَّةَ
الْوَارِثِ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ^(٢٢) لهُمَا . وَإِنْ رَدُّوا ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ ،
وَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ فِي الْأُولَى ، وَالْمُعَيَّنُ الْمُوصَى لَهُ بِهِ/ فِي الثَّانِيَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الْمَلِكِ ،
وَالشَّافِعِيِّ وَأَمَّا ثَوْرٍ^(٢٣) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّتَانِ بِثُلَاثِي
مَالِهِ ، فَأَجَازَ الْوَرِثَةَ لهُمَا ، جَازَتْ لهُمَا . وَإِنْ عَيَّنَا نَصِيبَ الْوَارِثِ بِالرَّدِّ وَحْدَهُ ،
فَلِلْأَجْنَبِيِّ الثُّلُثُ كَامِلًا ؛ لِأَنَّهُمْ خَصَّصُوا الْوَارِثَ بِالْإِبْطَالِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ ،
وَسَقَطَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يُوصَرْ لَهُ . وَإِنْ أَبْطَلُوا الزَّائِدَ عَنِ الثُّلُثِ مِنْ
غَيْرِ تَعْيِينٍ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ .

(١٩) فِي ١ ، م : « الْإِنْسَانُ » .

(٢٠) فِي ١ : « الزَّامُ » .

(٢١) فِي م زِيَادَةً : « عَلَى » .

(٢٢) فِي ١ : « الْوَصِيَّتَانِ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

هذا الذى ذكره القاضى . وهو قول مالك ، والشافعى . وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبى ، إذا أجاز الورثة الوصيتين ، فيكون لكل واحد منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد ، كان البطلان راجعا لهما ، وما بقى منهما بينهما ، كما لو تلف ذلك بغير الرد . واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبى . وحكى نحو هذا عن أبى حنيفة ؛ لأنهم لا يقدرُونَ على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبى ، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكو إبطال ما زاد على السدس ، فإن صرح الورثة بذلك ، فقالوا : أجزنا الثلث لكما ، ورددنا ما زاد عليه في وصيتكما . أو قالوا : رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها ، وبقيتنا له نصفها . كان ذلك أكد في جعل السدس لكل واحد منهما ؛ لتصريحهم به ، وإن قالوا : أجزنا وصية الوارث كلها ، ورددنا نصف وصية الأجنبى . فهو على ما قالوا ؛ لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا^(٢٤) عليهما ، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر . وإن أجازوا للأجنبى جميع وصيته ، وردوا على الوارث نصف وصيته ، جاز ، كما قلنا . وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبى عن نصف وصيته ، لم يملكو ذلك ، سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه . فإن ردوا جميع وصية الوارث ، ونصف وصية الأجنبى ، فعلى قول القاضى ، لهم ذلك ؛ لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما ، فيشتركان فيه ، ويكون لكل واحد منهما نصفه ، ثم إذا رجعوا فيما للوارث ، لم يرد الأجنبى على ما كان له في حالة الإجازة للوارث . وعلى قول أبى الخطاب ، يتوفر الثلث كله للأجنبى ؛ لأنه إنما ينقص^(٢٥) منه بمزاحمة الوارث ، فإذا زالت المزاحمة ، وجب توفير الثلث عليه^(٢٦) ؛ لأنه قد أوصى له به . ولو خلف اثنين ، ووصى لهما بثلثى ماله ، ولأجنبى / بالثلث ، فردا الوصية . فقال أبو الخطاب : عندى للأجنبى الثلث كاملا . وعند القاضى ، له التسع . ويجىء فيه من الفروع مثل ما ذكرنا فى التى قبلها .

٥٩/٧ ظ

(٢٤) فى ١ : ولهم أن يردوا .

(٢٥) فى م : ينقص .

(٢٦) سقط من : م .

فصل : وإن وصَّى بِثُلَّةٍ لوارثٍ وأجنبيٍّ ، وقال : إن رَدُّوا وصِيَّةَ الوارثِ فالثُلَّةُ كُلُّهُ للأجنبيِّ .^(٢٧) فَرَدُّوا وصِيَّةَ الوارثِ ، فالثُلَّةُ كُلُّهُ للأجنبيِّ^(٢٧) ، كما وصَّى . وإن أجازوا للوارثِ ، فالثُلَّةُ بينهما ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بالشرْطِ . ولو قال : أو صَيِّتُ لفلانٍ بِثُلَّةٍ ، فإن ماتَ قبلي فهو لفلانٍ . صحَّ . وإن قال : وصَّيْتُ بِثُلَّةٍ لفلانٍ ، فإن قَدِمَ فلانُ الغائبُ فهو له . صحَّ ، فإن قَدِمَ الغائبُ قَبْلَ مَوْتِ المُوصِي ، صارَ هو الوَصِيُّ ، وبَطُلَتْ وصِيَّةُ الأوَّلِ ، سواءَ عادَ إلى الغيبةِ أو لم يَعدْ ؛ لأنَّه قد وَجَدَ شرْطُ ائْتِقالِ الوَصِيَّةِ إليه ، فلم يَتَقَبَّلْ عنه بعدَ ذلك . وإن ماتَ المُوصِي قَبْلَ قُدُومِ الغائبِ ، فالوَصِيَّةُ للحاضرِ ، سواءَ قَدِمَ الغائبُ بعدَ ذلك أو لم يَقْدَمْ . ذَكَرَ القاضِي ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَبَيَّنَ لوجودِ شرْطِها ، فلم تَقْبَلْ عنه ، كالأوَّلِ لم يَقْدَمْ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الغائبَ إن قَدِمَ بعدَ المَوْتِ ، كانتِ الوَصِيَّةُ له ؛ لأنَّه جَعَلَهَا لَه بِشرْطِ قُدُومِهِ ، وقد وَجَدَ ذلك .

فصل : وإن وصَّى لوارثٍ^(٢٨) ، فأجازَ بعضُ باقِي الوَرثةِ الوَصِيَّةَ دون البعضِ ، نَقَدَ في نَصيبِ مَنْ أَجَازَ ، دون مَنْ لَمْ يُجَزَ . وإن أَجَازُوا بعضَ الوَصِيَّةِ دون البعضِ ، نَقَدَتْ فيما أَجَازُوا دون ما لَمْ يُجَازَ . فإن أَجَازَ بعضُهم بعضَ الوَصِيَّةِ ، وأجازَ بعضهم جَميعَها ، أو رَدَّها ، فهو على ما فَعَلُوا من ذلك . فلو خَلَفَ ثَلَاثَةُ بَنِينَ وَعَبْدًا ، لا يَمْلِكُ غَيرَهُ ، فوصَّى بِهِ لأَحَدِهِمْ ، أو وَهَبَهُ إِيَّاهُ في مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وأجازَهُ لَه أَخَوَاهُ ، فهو لَه ، وإن أَجَازَ لَه أَحَدُهُما وَحَدَهُ ، فله ثُلُثاهُ ، وإن أَجَازَ لَه نِصْفَ العَبْدِ ، فله نِصْفُهُ ، ولهما نِصْفُهُ ، وإن أَجَازَ أَحَدُهُما لَه نِصْفَ نَصيبِهِ ، ورَدَّ الآخَرَ ، فله النِّصْفُ كامِلًا ؛ الثُّلُثُ نَصيبُهُ ، والسُّدُسُ من نَصيبِ المُجَازِ ، وإن أَجَازَ كُلَّ واحدٍ منهما لَه نِصْفَ نَصيبِهِ ، كَمَلَّ لَه الثُّلُثانِ ، وإن أَجَازَ لَه أَحَدُهُما نِصْفَ نَصيبِهِ ، والآخَرُ ثَلَاثَةُ أَرْباعِ نَصيبِهِ ، كَمَلَّ لَه ثَلَاثَةُ أَرْباعِ العَبْدِ . وإن وصَّى بالعَبْدِ لاثْنَيْنِ ، فلِلثَّانِ أَنْ يُجَازَ لهما ، أو يَرُدَّ عليهما ، أو يُجَازَ لهما بعضُ وصيَّتِهِما ، إن شاء / مُتساويًا ، وإن شاء مُتفاضِلًا ،

و ٦٠/٧

(٢٧ - ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في ١ : لوارثه .

أَوْ يُرَدُّ عَلَى أَحَدِهِمَا ، وَيُجِزُ لِلآخِرِ وَصِيَّتَهُ كُلُّهَا أَوْ بَعْضَهَا ، أَوْ يُجِزُ لِأَحَدِهِمَا جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ ، وَلِلْآخِرِ بَعْضَهَا ، فَكُلُّ ذَلِكَ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَكَيْفَمَا شَاءَ فَعَلَ فِيهِ .

٩٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ الْوَارِثِ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَأَجَازَ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ بَعْدَهُ مَوْتَ الْمُوصِي ، جَازٌ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا ، رُدَّ إِلَى الثُّلُثِ)

وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة ، وما زاد على الثلث يَقِفُ على إجازتهم ، فإن أجازوه جاز ، وإن رُدَّوه بطل . في قول جميع العلماء . والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لِسَعْدِ بْنِ قَالَ : أَوْصِي بِمَا لِي كُلُّهُ ؟ قَالَ : « لَا » . قَالَ : فِالْثُلُثَيْنِ ؟ قَالَ : « لَا » . قَالَ : فِالْثُلُثِ ؟ قَالَ : « لَا » . قَالَ : فِالْثُلُثِ كَثِيرٌ ^(١) . وقوله عليه السلام : « إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ ^(٢) » . يُدَلُّ على أنه لا شيء له في الزائد عليه . وحديث عُمَرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ فِي الْمَمْلُوكِينَ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمُ الْمَرِيضُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ ، فَدَعَا بِهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَجَزَاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً ، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا ^(٣) ، يُدَلُّ أَيْضًا عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيمَا عدا الثُّلُثَ ، إِذَا لَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةَ ، وَيَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ . وَالْقَوْلُ فِي بُطْلَانِ الْوَصِيَّةِ بِالزَّائِدِ عَنِ الثُّلُثِ ^(٤) ، كَالْقَوْلِ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَهَلْ إِجَازَتُهُمْ تَنْفِيذُ أَوْ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ ؟ فِيهِ اخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ . وَالْخِلَافُ فِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِهِ ، أَوْ الْعَطِيَّةَ لَهُ ^(٥) ، فِي مَرَضِ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ ، صَحِيحَةٌ مُوقُوفَةٌ عَلَى الْإِجَازَةِ ، أَوْ بَاطِلَةٌ ؟ فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا صَحِيحَةٌ ، وَأَنَّ الْإِجَازَةَ تَنْفِيذُ مُجَرَّدٌ ،

(١) تقدم تخريجه في : ٣٧/٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٤) في زيادة : « وصحتها » .

(٥) سقط من : م .

يَكْفِي فِيهِ قَوْلُ الْمُجِيرِ : أَجَزْتُ ذَلِكَ . أَوْ أَفْذَنْتُهُ . أَوْ نَحَوَهُ مِنَ الْكَلَامِ ، وَلَا يَفْتَحِرُ إِلَى شَرْطِ الْهَبَةِ . وَيَتَفَرَّغُ عَنْ هَذَا الْخِلَافِ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَامَالٍ لَهُ سِوَاهُ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ وَصَّى بِإِعْتَاقِهِ ، فَأَعْتَقُوهُ بِوَصِيَّتِهِ ، فَقَدْ نَفَذَ الْعِتْقَ فِي ثُلْثِهِ ، وَوَقَفَ عِتْقُ بَاقِيهِ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ أَجَازُوهُ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ، وَاخْتَصَّ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ بِوَلَايَةِ كُلِّهِ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ إِعْتَاقِهِ وَوَصِيَّتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ بَاطِلَةٌ ، وَالْإِجَارَةُ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . اخْتَصَّ عَصَبَاتُ الْمَيِّتِ / بِثُلْثِ وَلَايَةِ ، وَكَانَ ثُلَاثُهُ لِجَمِيعِ الْوَرَثَةِ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ بِأَشْرُوهُ بِالْإِعْتَاقِ . وَكَذَلِكَ لَوْ تَبَرَّعَ بِثُلْثِ مَالِهِ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، أَوْ وَصَّى بِالْإِعْتَاقِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ أَوْصَى لِابْنٍ وَارِثِهِ بَعْدَ تَبَرُّعِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ ، أَوْ أَعْطَاهُ عَطِيَّةً فِي مَرَضِهِ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، ثُمَّ أَرَادَ الرُّجُوعَ فِيمَا أَجَازَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا إِجَارَةٌ مُجَرَّدَةٌ . وَلَوْ تَرَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَةَ عَمِّهِ ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِوَصِيَّةٍ أَوْ عَطِيَّةٍ فِي مَرَضٍ مَوْتِهَا ، ثُمَّ مَاتَتْ وَخَلَفَتْهُ وَأَبَاهُ ، فَأَجَازَ أَبُوهُ وَصِيَّتَهُ وَعَطِيَّتَهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَأَجَازَ الْوَقْفَ ، صَحَّ إِنْ قُلْنَا : إِجَازَتُهُمْ تَنْفِيذٌ . وَلَمْ يَصِحَّ إِنْ قُلْنَا : هِيَ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . وَلَأَنَّهُمْ يَكُونُونَ وَاقِفِينَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ . وَلَا فَرْقَ فِي الْوَصِيَّةِ بَيْنَ الْمَرَضِ وَالصَّحَّةِ ، وَقَدْ رَوَى حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنْ أَوْصَى فِي الْمَرَضِ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَلَهُ أَنْ يُوصِيَ بِمَا شَاءَ . يَعْنِي بِهِ الْعَطِيَّةُ . قَالَ الْقَاضِي . أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَإِنَّهَا عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَلَا يَجُوزُ مِنْهَا إِلَّا الثَّلَاثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ .

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ الرُّدُّ وَالْإِجَارَةُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَلَوْ أَجَازَ وَقَبْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ رَدُّوا ، أَوْ أَذْنُوا الْمَوْرُوثِينَ فِي حَيَاتِهِ بِالْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، أَوْ بِالْوَصِيَّةِ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُمْ رَدُّوا بَعْدَ وَفَاتِهِ ، فَلَهُمُ الرُّدُّ ، سِوَاءَ كَانَتِ الْإِجَارَةُ فِي صِحَّةِ الْمُوصِي أَوْ مَرَضِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَهُوَ قَوْلُ شَرِيحٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُثَنِّبِ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابِهِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَحَمَادٌ

ابن أبي سليمان ، وعبد الملك بن يعلى ، والزهرى ، وربيعة^(٦) ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى : ذلك جائز عليهم ؛ لأن الحق للورثة ، فإذا رَضُوا بِتَرْكِه سَقَطَ حَقُّهُمْ ، كما لو رَضَى الْمُشْتَرَى بِالْعَيْبِ . وقال مالك : إن أذِنَا لَهُ فِي صِحَّتِهِ ، فَلَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا ، وإن كَانَ ذَلِكَ فِي مَرَضِهِ ، وَحِينَ يُحْجَبُ عَنْ مَالِهِ ، فَذَلِكَ جَائِزٌ عَلَيْهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ أَسْقَطُوا أَحْقُقَهُمْ فِيمَا لَمْ^(٧) يَحْلِكُوهُ ، فَلَمْ^(٨) يَلْزَمُهُمْ ، كَالْمَرْأَةِ إِذَا اسْقَطَتْ صَدَاقَهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أَوْ اسْقَطَ الشَّقِيقُ حَقَّهُ مِنَ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَلَئِنْهَا حَالَةٌ لَا يَصِحُّ فِيهَا رَدُّهُمْ لِلْوَصِيَّةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِيهَا / إِجَازَتُهُمْ ، كَمَا قَبْلَ الْوَصِيَّةِ .

و ٦١/٧

فصل : وإذا أَوْصَى بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَأَجَازَ الْوَارِثُ الْوَصِيَّةَ ، وَقَالَ^(٩) : إِنَّمَا أَجْزُئُهَا ظَنًّا أَنَّ الْمَالَ قَلِيلٌ ، فَبَانَ كَثِيرًا . فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُوصِي بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِإِغْتِرَافِهِ بِمَعْرِفَةِ قَدْرِ الْمَالِ ، أَوْ كَانَ الْمَالُ ظَاهِرًا لَا يَخْفَى عَلَيْهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ : الْإِجَازَةُ هَبَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ . فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيمَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ فِي مِثْلِهِ . وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ بَيِّنَةٌ بِإِغْتِرَافِهِ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَازَةَ تَنْزَلَتْ مَنْزِلَةَ الْإِبْرَاءِ ، فَلَا يَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الْجَهْلِ بِهِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعِلْمِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَجَازَ عَقْدًا لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْخِهِ ، فَبَطَلَ خِيَارُهُ ، كَمَا لَوْ أَجَازَ الْبَيْعَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْخِهِ بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ . وَإِنْ أَوْصَى بِمُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ أَوْ فَرَسٍ يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، فَأَجَازَ الْوَصِيَّةَ بِهَا^(١٠) ، ثُمَّ قَالَ : ظَنَنْتُ الْمَالَ كَثِيرًا تَخْرُجُ الْوَصِيَّةُ مِنْ ثَلَاثِهِ ، فَبَانَ قَلِيلًا ، أَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ أَعْلَمُهُ . لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْدَ مَعْلُومٌ لَا جَهَالَةَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَسْمَحُ بِذَلِكَ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّهُ يَتَّقَى لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ ، فَإِذَا بَانَ خِلَافُ ذَلِكَ ، لَحِقَهُ الضَّرَرُ فِي الْإِجَازَةِ ، فَسَلَّكَ الرُّجُوعَ كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي^(١١) قَبْلَهَا .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ١ : ثم قال .

فصل : ولا تصحُّ الإجازةُ إلَّا من جائزِ التصرف . فأما الصبيُّ والمجنونُ والمَحْجُورُ عليه لِسْفِهِ ، فلا تصحُّ الإجازةُ منهم ؛ لأنَّها تُبَرِّعُ بالمال ، فلم تصحَّ منهم ، كَالِهِيَّةِ . وأما المَحْجُورُ عليه لِفَلْسِهِ ، فإن قلنا : الإجازةُ هِبَةٌ . لم تصحَّ منه ؛ لأنَّه ليس له هِبَةٌ ماله . وإن قلنا : هي تَنْفِيذٌ . صَحَّتْ .

٩٥٧ - مسألة : قال : (وَمَنْ أَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ فِي الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَلَمْ يَمُتِ الْمُوصَى حَتَّى صَارَ الْمُوصَى لَهُ غَيْرَ وَارِثٍ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ ثَابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ اغْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّ اغْتِبَارَ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ ، فَلَوْ أَوْصَى لثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ لَهُ مُتَّفَقِينَ ، وَلَا وَلَدَ لَهُ ، وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُولَدَ لَهُ وَلَدٌ^(١) ، لم تصحَّ الوَصِيَّةُ لِغَيْرِ الْأَخِ مِنَ الْأَبِ ، إِلَّا بِالْإِجَازَةِ مِنَ الْوَرَثَةِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ ابْنٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا مِنْ غَيْرِ إِجَازَةٍ ، إِذَا لَمْ تَتَجَاوَزِ الْوَصِيَّةُ الثَّلَاثَ . وَإِنْ وَلَدَتْ لَهُ بِنْتُ ، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ وَأَخِيهِ / مِنْ أُمِّهِ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثُ الْمُوصَى بِهِ بَيْنَهُمَا نَصَفَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ لِلْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَارِثٌ . وَهَذَا يَقُولُ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَلَوْ أَوْصَى لَهُمْ ، وَلَهُ ابْنٌ ، فَمَاتَ ابْنُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تُجْزِ الْوَصِيَّةُ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ ، وَلَا لِأَخِيهِ مِنْ أُمِّهِ ، وَجَازَتْ لِأَخِيهِ مِنْ أَبِيهِ . فَإِنْ مَاتَ الْأَخُّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ قَبْلَ مَوْتِهِ ، لم تُجْزِ^(٢) لِلْأَخِ مِنَ الْأَبِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ وَارِثًا .

فصل : ولو أوصى لامرأة أجنبية ، أو أوصت له ، ثم تزوجها ، لم تجز وصيتهما

(١) سقط من : ١ .

(٢) في الزيادة : الوصية .

إلا بالإجازة من الورثة . وإن أوصى أحدهما للآخر ، ثم طلقها ، جازت الوصية ، لأنه صار غير وارث ، إلا أنه إن طلقها في مرض موته ، فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها ؛ لأنه يثبت في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية ، فلم ينفذ لها ذلك ، كما لو طلقها في مرض موته أو أوصى لها بأكثر مما كانت ترث .

فصل : وإن اعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح ، وورثته بغير خلاف نعلمه . وإن اعتقها في مرضه ، ثم تزوجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، فنقل المروذي عن أحمد ، أنها تعتق وترث . وهذا اختيار أصحابنا . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها امرأة نكاحها صحيح ، ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث ، وهي الرق والقنل واختلاف الدين ، فترث ، كما لو كان / اعتقها في صحته ^(٣) . وقال الشافعي : تعتق ولا ترث ؛ لأنها لو ورثت لكان إعتاقها وصية لوارث ، فيؤدي توريثها إلى إسقاط توريثها ؛ لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها ، فيبطل نكاحها ثم يبطل إرثها ، فكان إبطال الإرث وحده وتصحیح العتق والنكاح أولى .

و ١/٦

فصل : وإن اعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر . فإن مات ، ولم يملك شيئا آخر ، تبين أن نكاحها باطل ، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي . ويعتق منها ثلثها ، ويرق ثلثاها . فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها ، عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرق أربعة أسباعها . وحساب ذلك أن تقول : عتق منها شيء ، ولها بصداقها نصف شيء ، وللورثة شيان ، فيجمع ذلك فيكون ثلاثة أشياء ونصفا ، تبسطها فتكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، ولهم أربعة ، ولا شيء للميت سواها ، فتجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حرا والباقي للورثة . وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها ، وهو سبعة ، ويعتق منها سبعة

(٣) في م : ١ : صحبا .

وَيَسْتَرَقُّوا خَمْسَةَ أَصْبَاعِهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحْسَبُ مَهْرُهَا مِنْ قِيمَتِهَا ، وَلَهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَتُسَعَى فِيمَا بَقِيَ وَهُوَ ثُلُثُ قِيمَتِهَا . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَ الْجَارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا نِصْفَهَا ، وَرَقَّ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا ثَلَاثَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَإِنَّمَا قُلَّ الْعِتْقُ فِيهَا لِأَنَّهَا لَمَّا أَخَذَتْ ثَلَاثَةَ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، نَقَصَ الْمَالُ بِهِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا ثُلُثُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا . وَحَسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ ، وَلَهَا بِمَهْرِهَا نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلِلْوَرِثَةِ شَيْئَانِ ، يَعْدِلُ ذَلِكَ الْجَارِيَةَ وَنِصْفَ قِيمَتِهَا ، فَالشَّيْءُ سَبْعَاً وَسَبْعَانِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا ، فَهُوَ / الَّذِي عَتَقَ مِنْهَا ، وَتَأْخُذُ نِصْفَ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا . فَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَ قِيمَتِهَا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، عَتَقَ ثُلُثَهَا ، وَرَقَّ ثُلُثُهَا ، وَيَطْلُ نِكَاحُهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا عَتَقَ أَرْبَعَةَ أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَصْبَاعِهَا وَخَمْسَةُ أَصْبَاعٍ قِيمَتِهَا ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهَا . وَحَسَابُهَا أَنْ تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الْأَشْيَاءَ مُعَادِلَةً لَهَا وَلِقِيمَتِهَا ، فَيَعْتَقُ مِنْهَا بِقَدْرِ سَبْعِي الْجَمِيعِ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعِهَا ، وَتُسْتَحَقُّ سَبْعُ الْجَمِيعِ بِمَهْرِهَا ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا . وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَعَهَا مِثْلَى قِيمَتِهَا ، عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَصَحَّ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ إِنْ اسْقَطَتْ مَهْرَهَا ، وَإِنْ أَبَتْ أَنْ تُسْقِطَهُ ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهَا ، وَيَطْلُ^(٤) نِكَاحُهَا ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْضَى بِعِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، وَلَا مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّ إِبْجَابَهُ يُقْضَى إِلَى إِسْقَاطِهِ وَإِسْقَاطِ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، فَإِسْقَاطُهُ وَحْدَهُ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا ، عَمِلْنَا فِيهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، وَلَوْ فَيَعْتَقُ سِتَّةَ أَصْبَاعِهَا ، وَلَهَا سِتَّةُ أَصْبَاعٍ مَهْرُهَا ، وَيَطْلُ عِتْقُ سَبْعِهَا وَنِكَاحُهَا . وَلَوْ أَعْتَقَهَا ، وَلَمْ يَتَزَوَّجْهَا ، وَوَطَّعَهَا ، كَانَ الْعَمَلُ فِيهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كَالْوَرِثَةِ وَجْهًا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَ الْأَخِيرَةِ ، مَا يَقْتَضِي صِحَّةَ عِتْقِهَا وَنِكَاحِهَا ، مَعَ وَجُوبِ مَهْرِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي مَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ أَمَةً قِيمَتُهَا

١/٦ ط

(٤) ق م : وَيَطْل .

مائة ، وأصدقها مائتَين ، لا مالَ له سِوَاهُمَا ، وهما مَهْرٌ مِثْلُهَا : يَصِحُّ الْعِتْقُ وَالصَّدَاقُ وَالنِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ الْمَائَتَيْنِ صَدَاقٌ مِثْلُهَا ، وَتَزْوِيجُ الْمَرِيضِ بِمَهْرٍ مِثْلِ صَحِيحٍ نَائِذٌ .
وهذا غيرُ جَيِّدٍ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يُقْضَى إِلَى تَفْوِذِ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَا أَعْلَمُ
به قَائِلًا . وَلَوْ أَنَّهُ أَتَلَفَ الْمَائَتَيْنِ ، أَوْ أَصَدَقَهُمَا لِمَرْأَةٍ أُجْنَبِيَّةٍ ، وَمَاتَ ، وَلَمْ يَخْلُفْ شَيْئًا ،
لَبَطَلَ عِتْقُ ثُلْثِي الْأُمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَتْهُمَا هِيَ ، كَانَ أَوَّلَى فِي بَطْلَانِهِ . وَالصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا
إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ / فِيمَا إِذَا تَرَكَ مِثْلَى قِيمَتِهَا ، وَكَانَ مَهْرُهَا نِصْفَ
قِيمَتِهَا : تُعْطَى مَهْرُهَا وَثُلُثُ الْبَاقِي ، بِحَسَبِ ذَلِكَ مِنْ قِيمَتِهَا ، وَهُوَ نِصْفُهَا وَثُلُثُهَا ،
فَيَعْتِقُ ذَلِكَ ، وَتُسَمَّى فِي سُدُسِهَا الْبَاقِي ، وَيَبْطُلُ نِكَاحُهَا . فَأَمَّا إِنْ خَلَفَ أَرْبَعَةَ أَمْثَالِ
قِيمَتِهَا ، صَحَّ عِتْقُهَا وَنِكَاحُهَا وَصَدَاقُهَا ، فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْرُجُ مِنْ
الثُّلْثِ ، وَتَرِثُ مِنَ الْبَاقِي فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :
لَا تَرِثُ . وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ وَرِثَتْ لَكَانَ عِتْقُهَا وَصِيَّةً لَوَارِثٍ ،
وَاعْتِبَارُ الْوَصِيَّةِ بِالْمَوْتِ .

فصل : وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً مَرِيضَةً اعْتَقَتْ عَبْدًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ ، وَتَزَوَّجَهَا بِعَشْرَةٍ فِي ذِمَّتِهِ ،
ثُمَّ مَاتَتْ ، وَخَلَفَتْ مَائَةً . اقْتَضَى قَوْلُ أَصْحَابِنَا أَنْ تُضَمَّ الْعَشْرَةُ الَّتِي فِي ذِمَّتِهِ إِلَى الْمَائَةِ ،
فَيَكُونُ ذَلِكَ هُوَ التَّرِكَةَ ، وَيَرِثُ نِصْفَ ذَلِكَ وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ خَمْسَةٌ وَخَمْسُونَ . وَهَذَا
مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : تُحَسَّبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَيْضًا ، وَتُضَمُّ إِلَى التَّرِكَةِ ،
وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ سِتُونَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَرِثُ شَيْئًا ، وَعَلَيْهِ أَدَاءُ الْعَشْرَةِ الَّتِي فِي ذِمَّتِهِ ؛
لَوْلَا يَكُونُ إِعْتَاْفُهُ وَصِيَّةً لَوَارِثٍ . وَهَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ تَزَوَّجَ الْمَرِيضُ امْرَأَةً صَدَاقُ مِثْلِهَا خَمْسَةٌ ، فَأَصَدَقَهَا عَشْرَةً لَا يَمْلِكُ
غَيْرَهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، وَوَرِثَتْهُ ، بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ ، وَلَهَا صَدَاقُهَا وَرُبْعُ
الْبَاقِي بِالْمِيرَاثِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ ، صَحَّتِ الْمُحَابَاةُ ، وَيَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، فَنَقُولُ : لَهَا
مَهْرُهَا وَهُوَ خَمْسَةٌ ، وَشَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ الزَّوْجِ خَمْسَةَ الْأَشْيَاءِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِمْ

نِصْفُ مَالِهَا ، وَهُوَ دِينَارَانِ وَنِصْفُ ، وَنِصْفُ ^(٥) شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا
نِصْفُ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْتَبَرُ وَقَابِلُ ، يَبَيِّنُ أَنَّ الشَّيْءَ ثَلَاثَةٌ ، فَيَكُونُ لَوَرَثَتِهَا أَرْبَعَةٌ ،
وَلَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ . وَإِنْ خَلَقْتَ مَعَ ذَلِكَ دِينَارَيْنِ ، عَادَ إِلَى الزَّوْجِ مِنْ مِيرَاثِهَا ثَلَاثَةٌ وَنِصْفُ ^(٦)
شَيْءٍ ، صَارَ ^(٧) لَهُ ثَمَانِيَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، / اجْتَبَرُ وَقَابِلُ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ
ثَلَاثَةٌ وَخُمُسَيْنِ ، فَصَارَ لَوَرَثَتِهِ سِتَّةٌ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، وَلَوَرَثَتِهَا خَمْسَةٌ وَخُمُسٌ .

ظ ٢/٦

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لَزَوْجِهَا الْخُرَّ ، فَقَبِلَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ
لَا يَجْتَمِعُ مَعَ مِلْكِ الْبَيْعِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُوصَى لَهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ بِالْقَبُولِ ، فَحِينَئِذٍ
يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَلِكَ كَانَ ثَابِتًا مِنْ حِينَ مَوْتِ
الْمُوصَى ، فَتَبَيَّنَ حِينَئِذٍ أَنَّ النِّكَاحَ انْفَسَخَ مِنْ حِينَ مَوْتِ الْمُوصَى ، فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَمْ
تُحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَخْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ حَامِلًا بِهِ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ
تَأْتِيَ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذَ أَوْصَى ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكُونُ مُوصَى بِهِ ^(٨) مَعَهَا ؛ لِأَنَّ
لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، وَلِهَذَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ وَلَهُ ^(٩) ، وَإِذَا صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مُتَّفَرِّدًا ،
صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مَعَ أُمِّهِ ، فَصِغِيرُ كَالْوَلَدِ كَانَ مُتَفَصِّلًا فَأَوْصَى بِهِمَا جَمِيعًا . وَفِيهِ وَجْهٌ
آخَرُ ، لَا حُكْمَ لِلْحَمْلِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ ^(١٠) لَهُ الْحُكْمُ عِنْدَ
انْفِصَالِهِ ، كَأَنَّهُ حَدَّثَ حِينَئِذٍ . فَعَلَى هَذَا إِنْ انْفَصَلَ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، فَهُوَ لَهُ ، كَسَائِرِ
كَسْبِهَا ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ
انْفَصَلَ بَعْدَهُ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ تَحْمِلَ بِهِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فِي حَيَاةِ
الْمُوصَى ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ أَوْصَى ؛ لِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ لِمُدَّةِ

(٥) سقط من : م .

(٦) في الزيادة : « وَنِصْفٌ » .

(٧) في م : « فَصَارَ » .

(٨) في م : « لَهُ » .

(٩) في أ ، م : « يَثْبُتُ » .

الحَمْلُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا حَمَلَتْهُ بَعْدَ مَا فُلِمَ يَتَنَاولُهُ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حَالِ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تُثَبِّتُهُ بِالشَّكِّ ، فَيَكُونُ مَمْلُوكًا لِلْمَوْصِي إِنْ وَلَدَتْهُ فِي حَيَاتِهِ . وَإِنْ وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ، وَقُلْنَا : لِلْحَمْلِ حُكْمٌ . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لَهُ . فَهُوَ لِلْوَرِثَةِ إِنْ وَلَدَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ ، وَلَا يَبْنِي إِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ كَانَ الْوَلَدُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، فَإِنَّهُ يَغْتَنِقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ابْنُهُ ، وَعَلَيْهِ وَلَا يَلَاءَ لِأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، وَأُمُّهُ أُمُّهُ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا بِالْمِلْكِ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلَقْ مِنْهُ بِحَرْفٍ فِي مِلْكِهِ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، / أَنْ تَحْمِلَ بَعْدَ مَوْتِ المَوْصِي وَقَبْلَ القَبُولِ ، وَيُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَنْ تَضَعَهُ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ المَوْتِ ، فَإِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ القَبُولِ أَيْضًا ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ ، فِي ظَاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ المِلْكَ إِذَا تَبَيَّنَ لِلْمَوْصِي لَهُ بَعْدَ القَبُولِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ بَعْدَ القَبُولِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، فَيَكُونُ حَادِثًا عَلَى ^(١٠) مِلْكِ الْوَارِثِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لِلْمَوْصِي لَهُ ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ خُرًا وَلَا يَلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ ، لَكُونِهَا عِلَقَتْ مِنْهُ بِحَرْفٍ فِي مِلْكِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَلَوْ حَمَلَتْ بِهِ بَعْدَ القَبُولِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ قَرِيبٌ مِمَّا قُلْنَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَضَعَتْهُ بَعْدَ مَوْتِ المَوْصِي ، دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَقِرُّ بِالمَوْتِ وَتَلَزَمُ ، فَوَجَبَ أَنْ تَسْرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كَالْإِسْتِيلَادِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ حَادِثَةٌ بَعْدَ عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فَلَا تَدْخُلُ فِيهَا ، كَالْكَسْبِ ، وَإِذَا أَوْصَى بِعَتَقٍ جَارِيَةٍ قَوْلَتْ . وَتُقَارِقُ الْإِسْتِيلَادَ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَغْلِيظًا وَسِرَايَةً . وَهَذَا التَّفَرِيعُ فِيمَا إِذَا خَرَجَتْ الْجَارِيَةُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، مَلَكَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثَّلَاثِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ بَعْضِهَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ، كَمِلْكِ جَمِيعِهَا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَكُونُ الْوَلَدُ فِيهِ لِأَبِيهِ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ ^(١١) مِنْهُ هَهُنَا بِقَدْرِ مَا مَلَكَ مِنْ أُمِّهِ ، وَيَسْرَى الْعَتَقُ إِلَى بَاقِيهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ،

(١٠) ق ١ م ١٠ عن ١ .

(١١) سقط من : م .

وإن كان مُعْسِراً فقد عَتَقَ منه ما مَلَكَ وحده . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : تكونُ أُمُّ وَلَدٍ . فَإِنَّمَا
تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ هُنَا . سواءَ كانَ مُوسِراً أو مُعْسِراً ، على قولِ الْخِرَقِيِّ ، كما إذا اسْتَوْلَدَ
الْأُمَةُ الْمُشْتَرَكَةَ . وقال القاضي : يَصِيرُ مِنْهَا أُمُّ وَلَدٍ بِقَدَرِ ما مَلَكَ مِنْهَا . وهذا مذهبُ
الشافِعِيِّ .

٩٥٨ - مسألة ؛ قال : (فَإِن مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى ، بَطَلَتْ
الْوَصِيَّةُ)

هذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وبه قال / ٣/٦ ط
الزُّهْرِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَرَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وقال الْحَسَنُ : تكونُ لَوَلَدِ الْمُوصَى لَهُ . وقال عَطَاءٌ : إِذَا عَلِمَ الْمُوصِي بِمَوْتِ
الْمُوصَى لَهُ ، وَلَمْ يَحْدُثْ فِيمَا أَوْصَى بِهِ شَيْئاً ، فَهُوَ لِوَارِثِ الْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ
بَعْدَ^(١) عَقْدِ الْوَصِيَّةِ ، فَيَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ ، كما لو مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى وَقَبْلَ
الْقَبُولِ . ولنا ، أَنَّهَا عَطِيَّةٌ صَادَقَتْ الْمُعْطَى مِثْلاً ، فَلَمْ تَصِحَّ ، كَالْوَهَبِ مِثْلاً ؛ وَذَلِكَ
لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ أَيْضاً . وَإِنْ سَلَّمْنَا
صِحَّتَهَا ، فَإِنَّ الْعَطِيَّةَ صَادَقَتْ حَيًّا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وَالشَّافِعِيُّ . وقال مَالِكٌ :
إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَهِيَ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ لِوَرَثَتِهِ بَعْدَ قَضَائِ دُيُونِهِ وَتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ ؛ لِأَنَّ
الْعَرَضَ نَفَعَهُ بِهَا ، وَبِهَذَا يَحْصُلُ لَهُ النِّفْعُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ حَيًّا . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى لِمَنْ
لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ حَالَهُ ، فَلَمْ تَصِحَّ إِذَا عَلِمَ حَالَهُ ، كَالْبَهِيمَةِ . وَفَارَقَ
الْحَيَّ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ لَهُ فِي الْحَالَيْنِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَلَمْ يَصِحَّ
لِلْمَيِّتِ ، كَالْهَبَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِذَا أَوْصَى بِثُلْثِهِ ، أَوْ بِمِائَةِ لَافَتَيْنِ حَتَّى مَوْتِهِ ، فَلِلْحَيِّ

(١) في م : قبل .

نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ، سواءَ عَلِمَ مَوْتَ الْمَيِّتِ أَوْ جَهِلَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالْبَصْرِيِّينَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِذَا قَالَ : هَذِهِ الْمِائَةُ لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَهُوَ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : بَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ . فَوَافَقْنَا الثَّوْرِيَّ فِي أَنْ نِصْفَهَا لِلْحَيِّ . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : عِنْدِي أَنَّهُ إِذَا عَلِمَهُ مَيِّتًا ، فَالْجَمِيعُ لِلْحَيِّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ النِّصْفُ . وَقَدْ نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ . فَإِنَّهُ ^(٢) قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ : إِذَا أَوْصَى لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ بِمِائَةٍ ، فَبِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا ، فَلِلْحَيِّ خَمْسُونَ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ إِذَا قَالَ : ثَلَاثِي لِفُلَانٍ وَلِلْحَائِطِ ، أَنَّ الثَّلَاثَ كُلَّهُ لِفُلَانٍ ؟ فَقَالَ : وَأَيُّ شَيْءٍ يُشَبِّهِ هَذَا ، الْحَائِطُ لَهُ مِثْلُكَ ! فَعَلَى هَذَا مَتَى ^(٣) شَرَكَ بَيْنَ مَنْ تَصِحُّ / الْوَصِيَّةُ لَهُ وَمَنْ لَا تَصِحُّ ، مِثْلُ أَنْ يُوصِيَ لِفُلَانٍ أَوْ لِلْمَلِكِ ^(٤) وَلِلْحَائِطِ ، أَوْ لِفُلَانٍ الْمَيِّتِ ، فَالْمُوصِي بِهِ كُلَّهُ لِمَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَرَكَ بَيْنَهُمَا فِي هَذِهِ الْحَالِ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِالْوَصِيَّةِ كُلَّهَا مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالِ ، فَلِمَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِيْصَالَ نِصْفِهَا إِلَيْهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ النِّصْفِ الْآخَرَ ^(٥) ، ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ صَحِيحَةٌ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، صَحَّتْ فِي حَقِّ الْآخَرِ بِقِسْطِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِاثْنَيْنِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقِّ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا ، كَالْوَصِيَّةِ لِمَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهَا فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ كَالْوَصِيَّةِ لِمَنْ يَعْلَمُ الْحَالِ . فَأَمَّا إِنْ وَصَّى لِاثْنَيْنِ حَيَّيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَلَا تَخْرُجُ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَكَذَلِكَ لَوْ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؛ لِرَدِّهَا ، أَوْ لِحُجُوجِهِ عَنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : إذا .

(٤) في م : « وللملك » .

(٥) سقط من : الأصل .

لكل واحد من فلان وفلان ينصف الثلث ، أو ينصف المائة ، أو بخمسين . لم يستحق أحدُهما أكثر من نصف الوصية ، سواء كان شريكه حياً أو ميتاً ؛ لأنه عين وصيته في النصف ، فلم يكن له حق فيما سواه .

٩٥٩ - مسألة : قال : (وإن ردَّ الموصي له الوصية ، بعد موت الموصي ، بطلت الوصية)

لا يخلو^(١) ردَّ الوصية من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أن يردها قبل موت الموصي ، فلا يصحُّ الرُّدُّ ههنا ؛ لأنَّ الوصية لم تقع بعد ، فأشبه ردَّ المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنَّه ليس بمحلِّ للقبول ، فلا يكون محلاً للرُّدِّ ، كما قبل الوصية . والثانية ، أن يردها بعد الموت ، وقبل القبول ، فيصحُّ الرُّدُّ ، وتبطل الوصية . لا تعلم فيه خلافاً^(٢) ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه ، فأشبه عفو الشفيع عن الشفاعة بعد البيع . والثالثة ، أن يرده بعد القبول والقبض ، فلا يصحُّ الرُّدُّ ؛ لأنَّ ملكه / قد استقرَّ عليه ، فأشبه ردَّه لسائر ملكه ، إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة . والرابعة ، أن يرده بعد القبول وقبل القبض ، فينظر ؛ فإن كان الموصي به مكيلاً أو موزوناً ، صحَّ الرُّدُّ ؛ لأنه لا يستقرُّ ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه ردَّه قبل القبول ، وإن كان غير ذلك ، لم يصحَّ الرُّدُّ ؛ لأنَّ ملكه^(٣) قد استقرَّ عليه ، فهو كالمقبوض . ويحتمل أن يصحَّ الرُّدُّ ، بناءً على أن القبض معتبر فيه . ولأصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان ؛ أحدهما ، يصحُّ الرُّدُّ في الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما . وهذا المنصوص عن الشافعي ؛ لأنَّهم لما ملكوا الرُّدَّ من غير قبول ، ملكوا الرُّدَّ من غير قبض ، ولأنَّ ملك الوصي لم يستقرَّ عليه قبل القبض ، فصحَّ ردُّه ، كما قبل القبول . والثاني ، لا يصحُّ الرُّدُّ ؛ لأنَّ الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(١) في م زيادة : « إذا » .

(٢) في الأصل : « اختلافاً » .

(٣) في ١ : « الملك » .

فصل : وكل موضع صحَّ الرُّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالرُّدِّ ، وتُرْجَعُ إِلَى التَّرَكَةِ ، فتَكُونُ لِلْوَرَاثِ جَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ الْحَقِّ ^(١) لَهُمْ ، وَإِنَّمَا خَرَجَ بِالْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا بَطُلَتِ الْوَصِيَّةُ ، رَجَعَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تَوْجَدْ . وَلَوْ عَيَّنَ بِالرُّدِّ وَاحِدًا ، وَقَصَدَ تَخْصِيصَهُ بِالْمَرْدُودِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، وَكَانَ لَجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ رَدَّهُ امْتِنَاعٌ مِنْ تَمْلِكِهِ ، فَيَقْبَلُ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَلَمْ يَمْلِكْ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ يَخْصُهُ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرُّدُّ ^(٢) لِاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ عَلَيْهِ ، فَلَهُ أَنْ يَخْصُ ^(٣) بِهِ وَاحِدًا مِنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُ اتِّدَاءٌ هَبِيَّةٌ ، وَيَمْلِكُ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، فَمَلَكَ دَفْعَهُ إِلَى وَارِثٍ . فَلَوْ قَالَ : رَدَدْتُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِفُلَانٍ . قِيلَ لَهُ : مَا أَرَدْتَ بِقَوْلِكَ لِفُلَانٍ ؟ فَإِنْ قَالَ ^(٤) : أَرَدْتُ تَمْلِيكَهَ إِيَّاهَا ، وَتَخْصِيصَهُ بِهَا . فَقَبِلَهَا ، اخْتَصَّ بِهَا ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ رَدَّهَا إِلَى جَمِيعِهِمْ ، لِيَرْضَى فُلَانٌ . عَادَتْ إِلَى جَمِيعِهِمْ إِذَا قَبِلُوهَا ، فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، فَلَمَنْ قَبِلَ حِصَّتَهُ مِنْهَا .

فصل : وَيَخْصُلُ الرُّدُّ بِقَوْلِهِ : رَدَدْتُ الْوَصِيَّةَ . وَقَوْلُهُ : لَا أَقْبِلُهَا . وَمَا أَدَّى هَذَا الْمَعْنَى . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا أَوْصَى ^(٥) لِرَجُلٍ بِالْأَلْفِ ، فَقَالَ : لَا أَقْبِلُهَا . فَهِيَ لَوَرِثَتِهِ . يَعْنِي لَوَرِثَةِ الْمُوصِي .

٩٦٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يُرَدَّ ، قَامَ وَارِثُهُ فِي ذَلِكَ مَقَامَهُ ، إِذَا كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي)

اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي مَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَه قَبْلَ الْقَبُولِ وَالرُّدِّ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ،

(٤) ق م : : الحكم .

(٥) ق م زيادة : : فيه .

(٦) ق م : : يختص .

(٧) سقط من : م .

(٨) ق م : : قال أوصيت .

فذهب الجِرْقِي إلى أن واريته يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْقَبُولِ وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ (١) لِلْمُورُوثِ
فَبَيَّتَ لِلْوَارِثِ (٢) بَعْدَ مَوْتِهِ ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا (٣) فَلِوَرَثَتِهِ » (٤) .
وَكَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَذَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ
إِلَى الْقَبُولِ ، فَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْقَبُولُ قَبْلَهُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، كَالْهَبِيَّةِ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ
قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ لَا يُعْتَاظُ عَنْهُ ، فَبَطَلَ بِالْمَوْتِ ، كَخِيَارِ الْمَجْلِسِ وَالشَّرْطِ
وَخِيَارِ الْأَخْذِ بِالشُّعْمَةِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : تَلَزَمَ الْوَصِيَّةُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ ، وَتَدْخُلُ
فِي مِلْكِهِ حُكْمًا بَغِيرَ قَبُولٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ قَدْ لَزِمَتْ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي ، وَإِنَّمَا الْخِيَارُ
لِلْمُوصَى لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ ، بَطَلَ خِيَارُهُ ، وَدَخَلَ فِي مِلْكِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنَّ
الْخِيَارَ لَهُ ، فَمَاتَ قَبْلَ انْقِضَائِهِ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ ،
أَنَّهَا عَقْدٌ لَا زَمَ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بِمَوْتِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ ، كَعَقْدِ الرِّهْنِ وَالتَّبَايُعِ
إِذَا شَرِطَ فِيهِ الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوجِبِ لَهُ (٥) ، فَلَا يَبْطُلُ
بِمَوْتِ الْآخَرِ ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا . وَيُفَارِقُ الْهَبِيَّةَ وَالتَّبَايُعَ قَبْلَ الْقَبُولِ ، مِنَ الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ
ذَكَرْنَاهُمَا ، وَهُوَ أَنَّهُ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوجِبِ لَهُ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ
عَلَى الْخِيَارَاتِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْطُلِ الْخِيَارُ ، وَيَلْزَمُ الْعَقْدُ ، فَتَنْظِيرُهُ فِي مَسَائِلِنَا قَوْلُ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ . وَلَنَا ، عَلَى إِبْطَالِ / قَوْلِهِمْ أَنَّهُ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِ الْمُتَمَلِّكِ ، فَلَمْ يَلْزَمْ قَبْلَ
الْقَبُولِ ، كَالْتَّبَايُعِ وَالْهَبِيَّةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوصَى لَهُ فِي الْقَبُولِ
وَالرَّدِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ حَقٍّ مَاتَ عَنْهُ الْمُسْتَحِقُّ فَلَمْ يَبْطُلْ بِالْمَوْتِ ، قَامَ الْوَارِثُ فِيهِ مَقَامَهُ .
فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ رَدَّ الْوَارِثُ الْوَصِيَّةَ بَطَلَتْ ، وَإِنْ قَبِلَهَا صَحَّتْ ، (٦) وَثَبَتَ الْمِلْكُ بِهَا (٧) .

٥/٦ ظ

(١ - ١) في م : « للمورث ثبت للموروث » .

(٢) في أ ، م : « حقه » .

(٣) تقدم تقريره في صفحة ١٥٢ .

(٤) سقط من : م ، ١ .

(٥ - ٥) في أ : « وثبت له الملك فيها » .

وإن كان الوارث جماعةً ، اغتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ، ثبت للقبائل حصته ، وبطلت الوصية في حق من رد . فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف ، قام وليه مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ، فإذا كان الحظ في قبولها فردّها ، لم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك . وإن كان الحظ في ردّها فقبلها ، لم يصح قبوله ؛ لأنّ الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه . فلو أوصى لصبي يذو رحم له يعتق يملكه له ، وكان على الصبي ضرر في ذلك ، بأن تلزمه نفقة الموصى به ، لكونه فقيراً لا كسب له ، والمولى عليه مؤسير ، لم يكن له قبول الوصية ، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب ، أو كون المولى عليه فقيراً لا تلزمه نفقته ، تعين قبول الوصية ؛ لأنّ في ذلك نفعاً للمولى عليه ، ليعتق قرايته ، وتحريره ، من غير ضرر يعود عليه ، فتعين ذلك . والله أعلم .

فصل : ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول ، في قول جمهور الفقهاء ، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ؛ لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين ، فاعتبر قبوله ، كالهبة والبيع . قال أحمد : الهبة والوصية واحد ، فأما إن كانت لغير معين ، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن^(١) حصرهم ، كبنى هاشم وحميم ، أو على مصلحة كمسجد أو حج ، لم يفتقر إلى قبول ، ولزم بمجرّد الموت ؛ لأنّ اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره ، كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به ، مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير ، لم يعتق عليه . ولأنّ الملك لا يثبت للموصى لهم ، بدليل ما ذكرنا من المسألة ، وإثبات لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله . أمّا الأدمي المعين ، فيثبت له الملك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتعين القبول باللفظ ، بل يجزى

٦/٦ و

(٦) في م : يملك .

ما قام مقامه من الأنجد والفعل الدال على الرضى ، كقولنا فى الهبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخى . ولا يكون إلا بعد موت الموصى ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ، ولذلك لم يصح رده . فإذا قبل ، ثبت الملك له من^(٧) حين القبول ، فى الصحيح من المذهب . وهو قول مالك ، وأهل العراق . وروى عن الشافعى . وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجه آخر ، أنه إذا قبل ، تبين أن الملك ثبت^(٨) حين موت الموصى . وهو ظاهر مذهب الشافعى ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول ، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع ، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَنْبٍ ﴾^(٩) . ولأن الإرث بعد الوصية ، ولا يبقى للميت ؛ لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً . وللشافعى قول ثالث غير مشهور ، أن الوصية تملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ؛ لما ذكرنا . ولنا ، أنه تملك^(١٠) عين لمعين يقتصر إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه ، ولأن الملك فى الماضى لا يجوز تغليفه بشرط مستقبل . فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر . ثم مات ، تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر . قلنا : ليس هذا شرطاً فى وقوع الطلاق ، وإنما تبين به الوقت الذى يقع فيه الطلاق . ولو قال : إذا ميت فأنثى طالق قبله بشهر . لم يصح . وأما انتقاله من جهة الموجب فى سائر العقود ، فإنه لا يتقبل إلا بعد القبول ، فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير ،

٦/٦ ظ

(٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٨) فى م : « ثبت » .

(٩) سورة النساء ١١ .

(١٠) فى م : « تملك » .

لا يَظْهَرُ لَهُ أَكْثَرُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ مَانِعٌ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ . قُلْنَا : الْمُرَادُ بِهِ وَصِيَّةٌ مَقْبُولَةٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقْبَلْ لَكَانَ مَلِكًا لِلْوَارِثِ ، وَقَبْلَ قَبُولِهَا فَلَيْسَتْ مَقْبُولَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ فَلَكُمْ الرَّبْعُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ ﴾ ^(١١) . أَيْ لَكُمْ ذَلِكَ مُسْتَقَرٌّ . فَلَا يَمْنَعُ هَذَا ثُبُوتَ الْمَلِكِ غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ ، وَلِهَذَا لَا يَمْنَعُ الذِّينُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ فِي التَّرَكَّةِ ، وَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الْوَصِيَّةِ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَبْقَى مَلِكًا لِلْمَيِّتِ ، كَمَا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَبْقَى لَهُ مَلِكٌ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّهُ يَبْقَى مَلِكُهُ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مُؤَنَةِ تَجْهِيزِهِ وَذَفْنِهِ ، وَقَضَاءِ ذِيُونِهِ . وَبِمُجُوزٍ أَنْ يَتَجَدَّدَ لَهُ مَلِكٌ فِي ذَيْنِهِ ^(١٢) إِذَا قَبِلَ ، وَفِيمَا إِذَا نَصَبَ شَبَكَةً فَوَقَعَ فِيهَا صَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهِ ، بِحَيْثُ تُقْضَى ذِيُونُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيُجَهَّزُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَجْهِيزِهِ ، فَهَذَا يَبْقَى عَلَى مَلِكِهِ ، لِيَتَعَدَّرَ انْتِقَالُهُ إِلَى الْوَارِثِ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ ، وَامْتِنَاعِ انْتِقَالِهِ إِلَى الْوَصِيِّ قَبْلَ تَمَامِ السَّبَبِ ، فَإِنْ رَدَّ الْمُوصَى لَهُ ، أَوْ قَبِلَ ، انْتَقَلَ حِينَئِذٍ . فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ، وَأَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ ^(١٣) الْمَلِكُ عَلَى وَجْهِ لَا يُفِيدُ إِبَاحَةَ التَّصَرُّفِ ، كَثْبُوتِهِ فِي الْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، فَلَوْ بَاعَ الْمُوصَى بِهِ ، أَوْ رَهَنَهُ ، أَوْ أَعْتَقَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَنْفَذْ شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ ابْنًا لِلْمُوصَى بِهِ ، مِثْلَ أَنْ تَمْلِكَ امْرَأَةً زَوْجَهَا الَّذِي لَهَا مِنْهُ ابْنٌ ، فَتُوصَى بِهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فَإِذَا مَاتَتْ انْتَقَلَ الْمَلِكُ فِيهِ إِلَى ابْنِهِ إِلَى حِينِ الْقَبُولِ ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ الْفُرُوعِ بِاخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ ، مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا حَدَّثَ لِلْمُوصَى بِهِ / نَمَاءً مُنْفَصِلًا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى ، وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، كَالثَّمَرَةِ وَالتَّاجِرِ

٧/٦ و

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) في م : ٤ ديونه ٤ .

(١٣) سقط من : ١ .

والكسب ، فهو للورثة . وعلى الوجه الآخر ، يكون للموصى له . ولو أوصى بأمة لزوجها ، فأولدها بعد موت الموصى ، وقبل القبول^(١٤) ، فوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِلوَارِثِ . وعلى الوجه الآخر ، يكون حرَّ الأصل ، ولا ولاء عليه ، وأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا عَلَقَتْ مِنْهُ بِحُرِّ فِي مِلْكِهِ . وإن مات الموصى له قبل القبول والرد ، فلوارثته قبولها ، فإن قبلها ، مَلَكَ الْجَارِيَةَ وَوَلَدَهَا ، وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ، ولم يرث من أئنه شيئاً . وعلى الوجه الآخر ، تكون الجارية أُمُّ وَلَدٍ ، ويرث الولد أباه ، فإن كان يحجب الوارث القابل حجباً . وقال أكثر أصحاب الشافعي : لا يرث الولد ههنا شيئاً ؛ لِأَن تَوْرِيثَهُ يَمْنَعُ قَوْلَ الْقَابِلِ وَإِرْثًا ، فيبطل قبوله ، فيفضى إلى الدور ، وإلى إبطال ميراثه ، فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث . وقد ذكرنا في الإقرار ما يذفع هذا ، وأن المقر به يرث ، فكذا ههنا . ويُعتَبَرُ قَبُولُ مَنْ هُوَ وَارِثٌ فِي حَالِ اغْتِيَابِ الْقَبُولِ ، كَمَا يُعْتَبَرُ فِي الْإِقْرَارِ إِقْرَارُ مَنْ هُوَ وَارِثٌ حَالِ الْإِقْرَارِ . والله أعلم . ومن ذلك ، لو أوصى لرجل بأبيه ، فمات الموصى له قبل القبول ، فقبل أبوه ، صح ، وعتق عليه الجد ، ولم يرث من أئنه شيئاً ؛ لِأَن حُرِّيَّتَهُ إِذَا حَدَّثَتْ حِينَ الْقَبُولِ بَعْدَ أَنْ صَارَ الْمِيرَاثُ لغيره . وعلى الوجه الآخر ، ثبتت حرَّيته من حين موت الموصى ، فيرث من أئنه السُدُسَ . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يرث أيضاً ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وُرِثَ لَأُعْتَبِرَ قَبُولُهُ ، وَلَا يَجُوزُ اغْتِيَابُ قَبُولِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَإِذَا لَمْ يَجْزِ اغْتِيَابُهُ ، لَمْ يَعْتَقْ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وهذا فاسد ؛ فَإِنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ بِمُشَارِكِهِمْ فِي الْمِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ وَوَرِثَ ، مَعَ أَنَّهُ يَخْرُجُ الْمُقْرَؤُونَ بِهِ عَنْ كَوْنِهِمْ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ . ومن ذلك ، أَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ ، فَقَبِلَ وَارِثُهُ ، لَكَبَتِ الْمِلْكُ لِلوَارِثِ الْقَابِلِ ابْتِدَاءً مِنْ جِهَةٍ / الموصى ، لا من جهة موزوئه ، ولم يثبت للموصى له شيء ، فحينئذ لا تقضى ذيوئه ، ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث ، عتق عليه ، وكان ولاؤه له دون الموصى له . وعلى الوجه الآخر ، يتبين أن الملك كان ثابتاً

٧/٦٠ ظ

(١٤) في الأصل ، ١ : قبولها .

لِلْمُوصَى لَهُ ، وَأَنَّهُ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى وَارِثِهِ ، فَتَنَكَّسُ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، فَتَقْضَى ذِيُوْتُهُ ، وَتُنْفَذُ وَصَايَاهُ ، وَيَعْتَقُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ ، يَخْتَصُّ بِهِ الذَّكُورُ مِنْ وَرَثَتِهِ . وَمِنْ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُوصَى بِهِ لَوْ كَانَ أُمَةً ، فَوَطَّعَهَا الْوَارِثُ ، فَأَوْلَدَهَا ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَلَدُهَا حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّعَهَا فِي مِلْكِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا قَبِلَهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ قَضَيْتُمْ بَعْتِهَا هَهُنَا ، وَهِيَ لَا تَعْتَقُ بِإِعْتَاقِهَا ؟ قُلْنَا : الْإِسْتِيلَادُ أَقْوَى ، وَلِذَلِكَ يَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ ، وَالرَّاهِنِ ، وَالْأَبِ ، وَالشَّرِيكِ الْمُغْصِرِ ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ إِعْتَاقَهُمْ ^(١٥) . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ وَلَدُهُ ^(١٦) رَقِيْقًا ، وَالْأُمَةُ بَاقِيَةً عَلَى الرِّقِّ . وَإِنْ وَطَّعَهَا الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ قَبُولِهَا ، كَانَ ذَلِكَ قَبُولًا لَهَا ، وَتَبَتِ الْمِلْكُ لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمِلْكِ ، فَأَقْدَامُهُ عَلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِيَارِهِ الْمِلْكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطَّعَ مَنْ لَهُ الرَّجْعَةُ الرَّجْعِيَّةُ ، أَوْ وَطَّعَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ الْأُمَةَ الْمَبِيعَةَ ، أَوْ وَطَّعَ مَنْ لَهُ خِيَارُ فُسْخِ الْفَكَاحِ امْرَأَتَهُ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً وَمُقَيَّدَةً ، فَالْمُطْلَقَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ فَكُلُّي لِلْمَسَاكِينِ ، أَوْ لِرَزِيْدٍ . وَالْمُقَيَّدَةُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ ، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، فَكُلُّي لِلْمَسَاكِينِ . فَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ ، أَوْ خَرَجَ مِنَ الْبَلَدَةِ ، ثُمَّ مَاتَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ الْمُقَيَّدَةُ ، وَبَقِيَتِ الْمُطْلَقَةُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ وَصَّى وَصِيَّةً إِنْ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِهِ هَذَا ، وَلَمْ يُغَيِّرْ وَصِيَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ : فَلَيْسَ لَهُ وَصِيَّةٌ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ قَالَ قَوْلًا / ، وَلَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، فَهُوَ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَتَبَ كِتَابًا ، ثُمَّ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، وَأَقْرَأَ الْكِتَابَ ، فَوَصِيَّتُهُ بِحَالِهَا ، مَا لَمْ يَنْقُضْهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِشَرْطٍ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُهَا ، فَبَطَلَتْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكْتُبْ كِتَابًا ، أَوْ كَمَا لَوْ وَصَّى لِقَوْمٍ فَمَاثُوا قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّهُ قَيَّدَ وَصِيَّتَهُ بِقَيْدٍ ، فَلَا يَتَعَدَّاهُ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ لِأَحَدٍ

٨/٦ و

(١٥) فِي ١ : عَقَبَهُمْ ، .

(١٦) فِي ١ : الْوَلَدُ ، .

عَبْدِيهِ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي . وَقَالَ لِلْآخَرِ : أَنْتَ حُرٌّ ^(١٧) إِنْ مِتُّ مِنْ ^(١٨) مَرَضِي هَذَا . فَمَاتَ مِنْ ^(١٩) مَرَضِهِ ، فَالْعَبْدَانِ سَوَاءٌ فِي التَّذْيِيرِ . وَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ ذَلِكَ ، بَطَلَ تَذْيِيرُ الْمُقَيَّدِ ، وَبَقِيَ تَذْيِيرُ الْمُطْلَقِ بِحَالِهِ . وَلَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِثُلَاثِهِ ، وَقَالَ : إِنْ مِتُّ قَبْلِي فَهُوَ لِعَمْرٍو . صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ عَلَى حَسَبِ مَا شَرَطَ لَهُ ^(٢٠) . وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الشُّرُوطِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(٢١) .

٩٦١ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ ^(١) بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، أُعْطِيَ السُّدُسَ ، وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ) اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا ^(٢) لَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ ، فُرِئَ عَنْهُ ، أَنَّ لِلْمَوْصَى لَهُ السُّدُسَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ سَهْمًا صَحَّتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ ، فَيُرَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِهَا لِلْمَوْصَى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ شَرِيحٍ قَالَ : تَرْفَعُ السَّهَامُ ، فَيَكُونُ لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمٌ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى السُّدُسِ ، فَإِنْ زَادَ السَّهْمُ عَلَى السُّدُسِ ، فَلَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَحَقِّقٌ . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ : سَهْمًا . يَتَّبَعِي أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَى سِهَامِ فَرِيضَتِهِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنْهَا ، فَيَنْصَرِفُ السَّهْمُ إِلَيْهَا ، فَكَانَ وَاحِدًا مِنْ سِهَامِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : فَرِيضَتِي كَذَا وَكَذَا سَهْمًا ، لَكَ مِنْهَا سَهْمٌ . وَقَالَ الْحَلَّالُ وَصَاحِبُهُ : لَهُ ^(٣) أَقْلُ سَهْمٍ ^(٤) مِنْ سِهَامِ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ ، فِي رِوَايَةٍ أَيْ طَالِبٍ وَالْأَثَرِ : إِذَا أَوْصَى

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في الأصل : في ؛ .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تحريجه في : ٣٠/٦ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) في الأصل : في من ؛ .

(٣) سقط من : م .

(٤) في : م ، ا ؛ : سهما ؛ .

له^(٥) يَسْتَهْمُ من ماله ، يُعْطَى^(٦) سَهْمًا من الْفَرِيضَةِ . قيل له : نَصِيبَ رَجُلٍ ، أو نَصِيبَ امْرَأَةٍ ؟ قال : أَقَلُّ ما يَكُونُ من السَّهَامِ . قال القاضي : ما لم يَزِدْ على السُّدُسِ . وهذا قولٌ أُنِي حَنِيفَةً . وقال صاحِبَاهُ : إِلَّا أَنْ يَزِيدَ على الثُّلُثِ ، فيكون له الثُّلُثُ . ووجهُ هذا القول ، أَنَّ سَهَامَ الزَّوْجَةِ أَنْصَبُاؤُهُمْ ، فيكون له أَقَلُّها ؛ لِأَنَّهُ اليَقِينُ ، فَإِنْ زَادَ على السُّدُسِ دُفِعَ إليه السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ أَقَلُّ سَهْمٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، وقال أَبُو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا من أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ أَصُولِ الْفَرَائِضِ ، فَالسَّهْمُ منها أَقَلُّ السَّهَامِ . وقال الشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الزَّوْجَةُ ما شَاءُوا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ عليه اسْمُ السَّهْمِ ، فَاشْتَبَهَ ما لو أَوْصَى له بِجُزْءٍ أو حَظٍّ . وقال عَطَاءٌ ، وعِكْرِمَةُ : لا شَيْءَ له . ولنا ، ما رَوَى ابنُ مَسْعُودٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ من المَالِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ السُّدُسَ^(٧) . وَلِأَنَّ السَّهْمَ في كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ، قال إِيَّاسُ بنُ مُعَاوِيَةَ : السَّهْمُ في كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ . فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إليه ، كما لو لَفَظَ به . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ على وَابِنِ مَسْعُودٍ ، وَلَا مُخَالَفَ لهما في الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّ السُّدُسَ أَقَلُّ سَهْمٍ مَفْرُوضٍ يَرِثُهُ ذُو قَرَابَةٍ ، فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ إليه . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ السُّدُسَ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى له يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ كَامِلَةً الْقُرُوضِ ، أُعِيلَتْ به ، وَإِنْ كَانَتِ عَائِلَةً ، زَادَ عَوَّلُهَا به . وَإِنْ كَانَ فِيهَا رَدٌّ أَوْ كَانُوا عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسًا كَامِلًا . قال أَحْمَدُ ، في رِوَايَةِ ابْنِ مَتْصُورٍ ، وَخَرَّبَ : إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِسَهْمٍ من ماله ، يُعْطَى السُّدُسُ ، إِلَّا أَنْ تَعُولَ الْفَرِيضَةُ ، فَيُعْطَى سَهْمًا مع الْعَوْلِ . فَكَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ ، أَوْصَيْتُ لَكَ بِسَهْمٍ من يَرِثُ السُّدُسُ . فَلَوْ أَوْصَى له بِسَهْمٍ في مَسْأَلَةٍ فِيهَا زَوْجٌ

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ : أعطى .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من كره أن يوصى بمثل أحد ... ، من كتاب الوصايا . المصنف ١٧١/١١ . وأورده الهيثمي ، في : باب في من أوصى بسهم من ماله ، من كتاب الوصايا . مجمع الروايات ٢١٣/٤ وعزاه للطبراني في الأوسط .

وأُخْتُ ، كان له السُّبُعُ ، كما لو كان معهما جَدَّةٌ ، على الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وكذلك لو كان في الْمَسْأَلَةِ أُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجٌ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سَبْعَةٍ ، وَلِلْمُوصَى لَهُ الْعَشْرُ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ ، وَتَعُولُ بِسُدُسٍ آخَرَ ، فَتَصِيرُ مِنْ سَبْعَةِ عَشَرَ . وَكَذَلِكَ عَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ سِهَامِ الْوَرِثَةِ سُدُسٌ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، يَكُونُ لِلْمُوصَى سَهْمٌ وَاحِدٌ ، يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ ، فَتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وَإِنْ كَانُوا زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ وَابْنًا ، فَالْفَرِيضَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَتَعُولُ بِالسُّدُسِ الْمُوصَى بِهِ إِلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يُزَادُ عَلَيْهَا سَهْمٌ وَاحِدٌ لِلْمُوصَى لَهُ ، فَتَكُونُ مِنْ خَمْسَةِ وَعِشْرِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ : يُزَادُ عَلَيْهَا مِثْلُ سَهْمِ الزَّوْجَةِ ، فَتَكُونُ مِنْ سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ كَانُوا خَمْسَةَ بَنِينَ فَلِلْمُوصَى ^(٨) السُّدُسُ كَامِلًا ، وَتَصِيحُ مِنْ سِتَّةٍ ^(٩) عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجَةٌ ، صَحَّتِ الْفَرِيضَةُ مِنْ أَرْبَعِينَ ، فَتَزِيدُ عَلَيْهَا سَهْمًا لِلْمُوصَى ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ، تَصِيرُ أَحَدًا ^(١٠) وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخَلَّالِ ، تَزِيدُ مِثْلَ نَصِيبِ الزَّوْجَةِ ، فَتَصِيرُ خَمْسَةَ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، تَزِيدُ عَلَيْهَا مِثْلَ سُدُسِهَا ، وَلَا سُدُسَ لَهَا ، فَتَضْرِبُهَا فِي سِتَّةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَيْهَا سُدُسَهَا ، تَكُونُ مِائَتَيْنِ وَثَمَانِينَ ، لِلْمُوصَى أَرْبَعُونَ ، وَلِلزَّوْجَةِ ثَلَاثُونَ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ . وَلَوْ خَلَّفَ أَبُوَيْنِ وَابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَ بَسْمَهُمْ ، جَعَلَتْ ذَا السَّهْمِ كَالْأَمِّ ، وَأَعْطِيَتْ صَاحِبَ السُّدُسِ سُدُسًا كَامِلًا ، وَقَسَمَتْ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ عَلَى سَبْعَةٍ ، فَتَصِيحُ مِنْ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعَةٌ ، وَلِصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، عَلَى الرِّوَايَاتِ الثَّلَاثِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَى ذُو

(٨) فِي الْأَصْلِ : « فَلِلْمُوصَى » .

(٩) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « عَشْرٌ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « إِحْدَى » .

السَّهْمِ السَّيِّعِ كَامِلًا ، كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِهِ ^(١١) مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ أُخْرَى ، فَيَكُونُ لَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ عَلَى سِتَّةٍ لَا تَنْقَسِمُ / ، فَتَنْصَرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُونُ مِائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ وَخَمْسِينَ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَوْ حَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، أَعْطَاهُ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ جُزْءٌ وَنَصِيبٌ وَحَظٌّ وَشَيْءٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَعْطُوا أَفْلاَثًا مِنْ مَالِي ، أَوْ أَرْزُقُوهُ . لِأَنَّ ذَلِكَ لَا حَدَّ لَهُ فِي اللَّغَةِ ، وَلَا فِي الشَّرْعِ ، فَكَانَ عَلَى إِطْلَاقِهِ .

٩٦٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَمْ يُسَمِّهِ ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لَأَقْلَبِهِمْ نَصِيبًا كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ . وَهُمْ ابْنُ وَأَرْبَعُ زَوْجَاتٍ ، فَتَكُونُ صَحِيحَةً مِنَ اثْنَيْنِ وَثَلَاثَيْنِ سَهْمًا ، لِلزَّوْجَاتِ الثَّمَنُ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنِ ، فَرُذِيَ سِهَامِ الْفَرِيضَةِ مِثْلَ حَظِّ امْرَأَةٍ مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَقْصُرُ الْفَرِيضَةُ مِنْ ثَلَاثَةِ وَثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلْمَوْصَى لَهُ سَهْمًا ، وَلِكُلِّ امْرَأَةٍ سَهْمٌ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلابْنِ)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ، غير مُسَمًّى ، فإن كان الورثة يَتَسَاوَوْنَ فِي الْمِيرَاثِ كَالثَّانِيَيْنِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ ، وَيُجْعَلُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ زَادَ فِيهِمْ . وَإِنْ كَانُوا يَتَفَاضَلُونَ ، كَمَسْأَلَةِ الْخِرْقَى ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا ، يُزَادُ عَلَى فَرِيضَتِهِمْ . وَإِنْ أَوْصَى بِنَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مُزَادًا عَلَى الْفَرِيضَةِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَزُفَرٌ ، وَدَاوُدُ : يُعْطَى مِثْلُ نَصِيبِ الْمُعَيَّنِ ، وَمِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، إِذَا كَانُوا يَتَسَاوَوْنَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، غَيْرَ مَزِيدٍ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ

الوارث قبل الوصية من أصل المال . فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فالوصية بجميع المال . وإن كان له ابنان ، فالوصية بالنصف . وإن كانوا ثلاثة ، « فالوصية بالثلث »^(١) . وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون ، نُظِرَ إلى «عَدَدِ رُءُوسِهِمْ» ، فَأُعْطِيَ سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اغْتِبَارُ أَنْصِبَائِهِمْ / لِتَفَاضُلِهِمْ ، فَاعْتَبِرَ عَدَدُ رُءُوسِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ وَارِثَهُ أَصْلًا وَقَاعِدَةً ، حَمَلَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الْمُوصَى لَهُ ، وَجَعَلَهُ مَثَلًا لَهُ . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ لَا يُزَادَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَمَتَى أُعْطِيَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ، فَمَا أُعْطِيَ مِثْلَ نَصِيبِهِ ، وَلَا حَصَلَتْ «التَّسْوِيَةُ» ، وَالْبَيَارَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُ «^(٢) مِثْلَ أَقْلِهِمْ نَصِيبًا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، وَمَا زَادَ فَمَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّكِّ ، وَقَوْلُهُ : « يُعْطَى سَهْمًا مِنْ عَدَدِهِمْ » . خِلَافُ مَا يَقْتَضِيهِ لَفْظُ الْمُوصَى ؛ فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ بِنَصِيبٍ لِأَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَلَفْظُهُ إِنَّمَا اقْتَضَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، وَتَفَاضُلُهُمْ لَا يَمْنَعُ كَوْنَ نَصِيبِ الْأَقْلَى نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، فَيَصْرِفُهُ إِلَى الْوَصِيِّ ، لِقَوْلِ الْمُوصِي ، وَعَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَلِكَ أَوَّلَى مِنْ اخْتِرَاعِ شَيْءٍ لَا يَقْتَضِيهِ قَوْلُ الْمُوصِي أَصْلًا . وَقَوْلُهُ : تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الْمُوصِي . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ أَمَكَّنَ الْعَمَلَ بِهِ بِمَا قُلْنَا ، ثُمَّ لَوْ تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهِ ، لَمَا جَازَ أَنْ يُوجِبَ فِي مَالِهِ «^(٣) حَقًّا لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ وَلَمْ يَأْمُرْ بِهِ . وَقَدْ مَثَلَ الْخَرْقِيُّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِمَا أَعْنَى عَنْ تَمَثُّلِهَا . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَقْلِهِمْ مِيرَاثًا . كَانَ كَأَلَوْ أَطْلَقَ ، وَكَانَ ذَلِكَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَكْثَرِهِمْ مِيرَاثًا . فَلَهُ ذَلِكَ ، مُضَافًا إِلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَيَكُونُ لَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْخَرْقِيِّ ثَمَانِيَّةٌ وَعِشْرُونَ ، تُضْمَمُ إِلَى الْفَرِيضَةِ ، فَيَكُونُ الْجَمِيعُ سِتِّينَ سَهْمًا .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « فَلَهُ الثَّلَاثُ » .

(٢ - ٢) فِي م : « عَدَدِهِمْ » .

(٣) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لَهُمْ » .

(٥) فِي م : « مَالٌ » .

فصل : وإن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تصيحُ الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه . وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، واللؤلؤي ، وأهل البصرة ، وابن أبي ليلى ، وزُفر ، ودَاوُد . والوجه الثاني ، لا تصيحُ الوصية . وهو الذي ذكره القاضي . وهو قول أصحاب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن ، فلم يصح ، كما لو قال : بدارِ ابني ، أو بما يأخذه ابني . ووجه الأول ، أنه أمكن تصحيح وصيته / بحمل لفظه على مجازة ، فصَحَّ ، كما لو طلق بلفظ الكناية ، أو اعتق . وبيان إمكان التصحيح ، أنه أمكن تقدير حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مقامه ، أي بمثل نصيب واريثي . ولأنه لو أوصى بجميع ماله ، صحَّ ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم .

فصل : وإن قال : أوصيتُ لك بضعف نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه . وهذا قال الشافعي . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل . واستدل بقول الله تعالى : ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ ^(١) . أي مثلين ، وقوله : ﴿ فَأَتْتَ أَكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ ^(٢) . أي مثلين . وإذا كان الضعفان مثلين ، فالواحد مثل . ولنا ، أن الضعف مثلان ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إِذَا لَأَذْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ ﴾ ^(٣) . وقال : ﴿ فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعِيفِ بِمَا عَمِلُوا ﴾ ^(٤) . وقال : ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْغِفُونَ ﴾ ^(٥) . ويروى عن عُمر ، أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرة . وقال لِحذيفة وعثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو

(٦) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٧) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٨) سورة الإسراء ٧٥ .

(٩) سورة سبأ ٣٧ .

(١٠) سورة الروم ٣٩ .

أَضْعَفْتُ عَلَيْهَا لَأَحْتَمَلَ^(١١) . قَالَ الْأَزْهَرِيُّ : الضَّعْفُ الْمِثْلُ فَمَا فَوْقَهُ . وَأَمَّا قَوْلُهُ :
 إِنَّ الضَّعْفَيْنِ الْمِثْلَانِ . فَقَدْ رَوَى ابْنُ الْأَثَرِيِّ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ مُعَاوِيَةَ النَّخَوِيِّ قَالَ :
 الْعَرَبُ تَكَلَّمُ بِالضَّعْفِ مُثْنًى ، فَقَوْلُ : إِنْ أُعْطِيتُنِي دِرْهَمًا فَلِكِ ضِعْفَاهُ . أَيْ مِثْلَاهُ .
 وَإِفْرَادُهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِلَّا أَنَّ الثَّنِيَّةَ أَحْسَنُ . يَعْنِي أَنَّ الْمُفْرَدَ وَالْمُثْنَى فِي هَذَا يَمَعْنِي وَاحِدٌ ،
^(١٢) وَكِلَاهُمَا يُرَادُ بِهِ الْمِثْلَانِ ، وَإِذَا اسْتَعْمَلُوهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَجَبَ اتِّبَاعُهُمْ فِيهِ وَإِنْ
 خَالَفَ الْقِيَاسُ^(١٣) . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ مَعْمَرُ بْنُ الْمُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّيْءِ^(١٤) هُوَ
 وَمِثْلُهُ^(١٥) ، وَضِعْفَاهُ هُوَ^(١٦) وَمِثْلَاهُ^(١٧) ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ أَرْبَعَةٌ^(١٨) أَمْثَالُهُ ، وَعَلَى هَذَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِضِعْفَيْنِ نَصِيبِ ابْنِي . / فَلَهُ مِثْلَانِ نَصِيبِهِ . وَإِنْ قَالَ :
 ثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ . فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . هَذَا الصَّحِيحُ عِنْدِي . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ
 أَصْحَابُنَا : إِنْ أَوْصَى بِضِعْفَيْنِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ . وَإِنْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ ، فَلَهُ أَرْبَعَةُ
 أَمْثَالِهِ . وَعَلَى هَذَا كَلِمَا زَادَهُ^(١٩) ضِعْفًا زَادَ مَرَّةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَاحْتَجُّوا
 بِقَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : ضِعْفَاهُ أَرْبَعَةُ أَمْثَالِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَضْعَافِهِ سِتَّةُ
 أَمْثَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ ، فَثَنِيَّتُهُ مِثْلَانِ مُفْرَدُهُ ، كَسَائِرِ الْأَسْمَاءِ .
 وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَآتَتْهُمُ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾ . قَالَ عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فِي كُلِّ عَامٍ
 مَرَّتَيْنِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : أَثْمَرَتْ فِي سَنَةٍ مِثْلَ ثَمَرَةٍ غَيْرَهَا سَتَتَيْنِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ
 الْمُفَسِّرَيْنِ فِيمَا عَلِمْتُ فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ .
 أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَرَّتَيْنِ . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾^(٢٠) .
 وَمُحَالٌ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهَا عَلَى الْعَمَلِ الصَّالِحِ مَرَّتَيْنِ وَعَذَابُهَا عَلَى الْفَاحِشَةِ^(٢١)

(١١) الأموال ، لأبي عبيد ٤٠ ، ٤١ .

(١٢) (١٢ - ١٢) سقط من : م .

(١٣) (١٣ - ١٣) في م : هو مثله .

(١٤) (١٤ - ١٤) في م : هو مثله .

(١٥) (١٥) في م : ثلاثة .

(١٦) (١٦) في الأصل ، ١ : زاد .

(١٧) (١٧) سورة الأحزاب ٣١ .

(١٨) (١٨) في م : العمل الفاحش .

ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا يُرِيدُ تَضْعِيفَ الْحَسَنَاتِ عَلَى السَّيِّئَاتِ ، وَهَذَا ^(١٩)
 الْمَعْنُودُ مِنْ كَرَمِهِ وَفَضْلِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي عُبَيْدَةَ ^(٢٠) فَقَدْ خَالَفَهُ ^(٢١) غَيْرُهُ ، وَأَتَكَرَّوْا
 قَوْلَهُ . قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ : لَا أَحِبُّ قَوْلَ أَبِي عُبَيْدَةَ فِي : ﴿ يُضَاعَفُ لَهَا أَلْعَذَابُ
 ضِعْفَيْنِ ﴾ . لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِي آيَةٍ أُخْرَى : ﴿ نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فَأَعْلَمَ أَنَّ
 لَهَا مِنْ هَذَا حَظَّيْنِ ، وَمِنْ هَذَا حَظَّيْنِ . وَقَدْ نَقَلَ مُعَاوِيَةُ بْنُ هِشَامٍ النَّحْوِيُّ ، عَنْ
 الْعَرَبِ ، أَنَّهُمْ يَنْطِقُونَ بِالضَّعْفِ مَثْنً وَمُقَرَّدًا بِمَعْنَى ^(٢٢) وَاحِدٍ . وَمُؤَافَقَةُ الْعَرَبِ عَلَى
 لِسَانِهِمْ ، مَعَ مَا دَلَّ عَلَيْهِ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى الْعَزِيزِ وَأَقْوَالُ ^(٢٣) الْمُفَسِّرِينَ مِنَ التَّابِعِينَ
 وَغَيْرِهِمْ ، أَوْلَى مِنْ قَوْلِ أَبِي عُبَيْدَةَ الْمُخَالِفِ لَذَلِكَ كُلِّهِ ، مَعَ مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ، وَنِسْبَةِ
 الْخَطَأِ إِلَيْهِ أَوْلَى مِنْ تَخْطِئَةِ مَا ذَكَرْنَاهُ . وَأَمَّا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، فَظَاهِرُ الْفَسَادِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ
 مُخَالَفَةِ الْكِتَابِ وَالْعَرَبِ وَأَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بِمُجَرَّدِ الْقِيَاسِ الْمُخَالِفِ
 / لِلثَّقَلِ ، فَقَدْ يَشِيدُ مِنَ الْعَرَبِيَّةِ كَلِمَاتٌ تُؤْخَذُ ثَقَلًا بِغَيْرِ قِيَاسٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١١/٦ ظ

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ ،
 وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ ، لِكَوْنِهِ رَقِيقًا ، أَوْ مُخَالَفًا لِذِيْنِهِ ، أَوْ بِنَصِيبِ أَخِيهِ وَهُوَ مُحْجُوبٌ
 عَنْ مِيرَاثِهِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصِيبَ لَهُ ، فَمِثْلُهُ لَا شَيْءَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثٍ ، وَلِآخَرَ بِرُبْعٍ ، وَلِآخَرَ بِخُمْسٍ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ
 وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ الْخُمْسُ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَشْرَةٍ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِهِ وَلِآخَرَ
 بِأَرْبَعَةٍ ، وَلِآخَرَ بِمِثْلِ وَصِيَّةِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ أَرْبَعَةٌ ؛ لِأَنَّهَا الْيَقِينُ . وَإِنْ قَالَ : فَلَانُ
 شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ خُمْسُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمْ بِمِائَةٍ ، وَلِآخَرَ بِدَارٍ ،

(١٩) ق م : « وَهَذَا هُوَ » .

(٢٠ - ٢١) ق م : « فَخَالَفَهُ فِيهِ » .

(٢٢) ق م : « بِمَعْنَى » .

(٢٣) ق م : « وَقَوْلُ » .

وَلَاخِرَ بَعْدَ ، ثُمَّ قَالَ : فَلَانُ شَرِيكُهُمْ . فَلَهُ نَصْفُ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ . ذَكَرَهَا الْخَيْرِيُّ ؛ لِأَنَّهُ هُنَا يُشَارِكُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُتَّفَرِّدًا ، وَالشَّرِيكَةُ تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، فَلِهَذَا كَانَ لَهُ النِّصْفُ ، بِخِلَافِ الْأُولَيْنِ ، فَإِنَّهُمْ كُلَّهُمْ مُشْتَرِكُونَ ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَهُ الرَّبْعُ فِي الْجَمِيعِ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ لَوْ كَانَ ، فَقَدَّرَ^(٢٣) الْوَارِثَ مَوْجُودًا ، وَانْظُرْ مَا لِلْمُوصَى لَهُ مَعَ وُجُودِهِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ عَدَمِهِ . فَإِنْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ^(٢٤) ثَالِثٍ لَوْ كَانَ^(٢٥) ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الرَّبْعُ . وَلَوْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ خَامِسٍ لَوْ كَانَ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسُ . وَعَلَى هَذَا أَبَدًا . وَلَوْ خَلَفَتْ زَوْجًا وَأُخْتًا^(٢٥) ، وَأَوْصَتْ بِمِثْلِ نَصِيبِ أُمٍّ لَوْ كَانَتْ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ الْخُمْسُ ؛ لِأَنَّ لِلْأُمِّ الرَّبْعَ لَوْ كَانَتْ ، فَيَجْعَلُهَا^(٢٦) سَهْمًا مُضَافًا إِلَى أَرْبَعَةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَيَقْسُ عَلَى هَذَا .

٩٦٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَأَوْصَى لِأَخَرٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ الرَّبْعُ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْجِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعِنْدَ مَالِكٍ وَمُؤَافِقِيهِ ، لِلْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَنِينَ^(١) . وَتَصِحُّ مِنْ تَسْنِئَةٍ . وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى فَسَادِهِ . وَلَوْ خَلَفَ ابْنًا وَاحِدًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهِ ، فَلِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ ، وَالثُّلُثُ فِي حَالِ الرُّدِّ . وَعِنْدَ مَالِكٍ ، لِلْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ الْإِجَارَةِ جَمِيعُ الْمَالِ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ ابْنَتًا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْحُكْمِ فِيْمَا لَوْ كَانَ

(٢٣) فِي م : وَ قَدْ .

(٢٤ - ٢٥) فِي م : الثَّالِثُ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ م .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، م : وَ لَهُ .

(١) فِي م : الْابْنَيْنِ .

أَبَا عَدَمَنْ يَرَى الرُّدَّ ؛ لِأَنَّهَا / تَأْخُذُ الْمَالَ كُلَّهُ بِالْفَرَضِ وَالرُّدَّ ، وَمَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ يَقْتَضِي قَوْلُهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ، وَلِهَذَا نَصَفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لَيْسَتْ الْمَالِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنْ يَكُونَ ^(٢) لِلْمُوصَى لَهُ النِّصْفُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَلِهَذَا نَصَفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لَيْسَتْ الْمَالِ . فَإِنْ خَلَفَ ابْنَتَيْنِ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ إِحْدَاهُمَا ، فَهِيَ مِنْ ثَلَاثَةٍ عِنْدَنَا . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ أَنَّهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لَيْسَتْ الْمَالِ الرُّبْعُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم رُبْعُهُ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ مَالِكٍ أَنَّ الثُّلُثَ لِلْمُوصَى لَهُ ، وَلِلْبَنَتَيْنِ ثُلُثًا مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لَيْسَتْ الْمَالِ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . فَإِنْ خَلَفَ ^(٣) جَدَّةً وَحَدَّهَا ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهَا ، فَقِيَاسُ قَوْلِنَا أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى الرُّدَّ أَنَّهَا مِنْ سَبْعَةٍ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْعُ ، وَالْبَاقِي لَيْسَتْ الْمَالِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ مَالِكٍ أَنَّ لِلْمُوصَى لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْجَدَّةِ سُدُسٌ مَا بَقِيَ ، وَالْبَاقِي لَيْسَتْ الْمَالِ .

فصل : وَإِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ نِجْنِ ، وَأَوْصَى لِثَلَاثَةٍ بِمِثْلِ أَنْصِبَائِهِمْ ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى سِتَّةٍ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا مِنْ تِسْعَةٍ ، لِلْمُوصَى لَهُمُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْبَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ . فَإِنْ أَجَازُوا لَوَاحِدٍ وَرَدُّوا عَلَى اثْنَيْنِ ، فَلِلْمَرْدُودِ عَلَيْهِمَا التُّسْعَانِ اللَّذَانِ كَانَا لهُمَا فِي حَالِ الرُّدِّ عَلَيْهِمْ . وَفِي الْمُجَازِ لَهُ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ السُّدُسُ الَّذِي كَانَ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لِلْجَمِيعِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَابْنِ شُرَيْحٍ ، فَإِذَا خُذَ السُّدُسُ وَالتُّسْعَيْنِ مِنْ مَخْرَجِهِمَا ، وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ عَشْرٌ ، يَبْقَى أَحَدُ عَشَرَ بَيْنَ الْبَيْنِ ، عَلَى ثَلَاثَةٍ لَا يَصِحُّ ، فَيُضْرَبُ عَدَدُهُمْ فِي ثَمَانِيَّةٍ عَشْرَ ، تُكُنُّ أَرْبَعَةً وَخَمْسِينَ ، لِلْمُجَازِ لَهُ السُّدُسُ تِسْعَةً ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبَيْهِ سِتَّةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ أَحَدِ عَشَرَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُضَمَّ الْمُجَازُ لَهُ إِلَى الْبَيْنِ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَعْدَ التُّسْعَيْنِ عَلَيْهِمْ ، وَهُمْ أَرْبَعَةٌ ، لَا تُنْقَسِمُ ،

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٣) فِي م : وَ خَلَصَ ، تَحْرِيفٌ .

فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرْتَةَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْآخَرِينَ ،
 أَتَمُّوا الْكُلَّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ تَمَامَ سُدُسِ الْمَالِ ، فَيَصِيرُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَسَدَاسًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ،
 وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ يَضُمُّونَ مَا حَصَلَ لَهُمْ ، وَهُوَ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، إِلَى
 مَا حَصَلَ لَهَا وَهُوَ ثَمَانِيَّةٌ ، ثُمَّ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ ، لَا يَصِحُّ ، فَتَضْرِبُ خَمْسَةَ
 فِي سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، تَكُنْ مِائَةٌ وَثَمَانِينَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ . وَإِنْ أَجَازَ أَحَدُ الْبَيْنَيْنِ لَهُمْ ، وَرَدَّ
 الْآخَرَانِ عَلَيْهِمْ ، فَلِلْمُجِيزِ السُّدُسُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، وَلِلَّذِينَ لَمْ يُجِزْ^(٤)
 أَرْبَعَةٌ أَتَسَاعِرُ ، ثَمَانِيَّةٌ^(٥) ، تَبْقَى سَبْعَةٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، اضْرِبْهَا^(٦) فِي ثَمَانِيَّةٍ
 عَشَرَ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ . وَإِنْ أَجَازَ وَاحِدًا لَوَاحِدٍ ، دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ مِنْ
 الْفَضْلِ ، وَهُوَ ثُلُثُ سَهْمٍ مِنْ ثَمَانِيَّةٍ عَشَرَ ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَخَمْسِينَ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى لِرَجُلٍ بِحُزْءٍ مُقَدَّرٍ ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مِنْ وَرَثَتِهِ ،
 فَقِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْطَى الْحُزْءُ لِصَاحِبِهِ ، وَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى
 لَهُ ، كَأَنَّهُ ذَلِكَ الْوَارِثُ إِنْ أَجَازَ . وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى حَسَبِ
 مَا كَانَ لَهَا فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلَاثَانِ بَيْنَ الْوَرَثَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ
 النَّصِيبِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، كَأَنَّهُ لَا وَصِيَّةَ سِوَاهَا . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى بْنِ آدَمَ^(٧) ،
 مِثَالُهُ : رَجُلٌ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَا خَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ،
 فَعَلَ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ وَالْمُوصَى عَلَى أَرْبَعَةٍ ،
 وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ سَهْمٌ ، فَإِنْ رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ

(٤) فِي ١ ، م : ٥٥ يَجِزُوا .

(٥) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : ٥٥ عَشْرٌ ، خَطَأً .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ٥٥ نَضْرِبْهَا .

(٧) يَحْيَى بْنُ آدَمَ الْكُوفِيُّ الْمَقْرِيُّ الْحَافِظَ الْفَقِيهَ ، الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَمِائَتَيْنِ . الْعَبَر ٣٤٣/١ .

الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِيحٌ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ
الْآخِرِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ إِنْ أُجِيزَ لهُمَا ، وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا ، قَسَمْتَ
الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْوَرَثَةِ ، وَتَصِيحٌ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَسِتِّينَ . وَإِنْ كَانَ الْجُزْءُ
يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ ، مِثْلُ إِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِالنِّصْفِ ، وَالْآخِرُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَيْنَيْهِ ، فَفِيهَا
وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ لِصَاحِبِ النِّصْبِ نَصِيبُهُ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ ، وَهُوَ رُبْعُهَا ^(٨) ، لِأَنَّ
الثَّلَاثَيْنِ حَقُّ الْوَرَثَةِ ، لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمَا ^(٩) شَيْءٌ إِلَّا بِإِجَازَتِهِمْ وَرِضَاهُمْ ، فَيَكُونُ صَاحِبُ
النِّصْبِ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، لَا تَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ شَيْئًا إِلَّا بِإِجَازَتِهِ . فَعَلِيَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ ،
لِصَاحِبِ الْجُزْءِ النِّصْفِ ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْآخِرِ وَالبَيْنَيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِيحٌ مِنْ ثَمَانِيَةٍ /
إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ ، وَالثَّلَاثَيْنِ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ
عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِيحٌ مِنْ خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ
النِّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ الرَّبْعُ ، وَيَبْقَى الرَّبْعُ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ ، وَتَصِيحٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإِنْ
رَدُّوا فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَتَصِيحٌ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
لِصَاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ ، وَلِلْآخِرِ السُّدُسُ ، وَيَبْقَى الثُّلُثُ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةٍ ،
وَتَصِيحٌ مِنْ ثَمَانِيَةِ عَشَرَ ، وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِيحٌ مِنْ
سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَإِنْ أَوْصَى لِصَاحِبِ الْجُزْءِ بِالثَّلَاثَيْنِ ، فَعَلِيَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ ، لِصَاحِبِ
النِّصْفِ ^(١٠) رُبْعُ الثُّلُثِ ، سَهْمٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ إِنْ أَجَازُوا ، وَإِنْ رَدُّوا قَسَمْتَ الثُّلُثَ
بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَكُونُ لَهُ الرَّبْعُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
وَفِي حَالِ الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى أَحَدِ عَشَرَ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّالِثِ ،
يَكُونُ لَهُ السُّدُسُ فِي الْإِجَازَةِ ، وَفِي الرَّدِّ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى خَمْسَةٍ .
وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَالْآخِرُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، فَعَلِيَ

(٨) فِي ١ ، م : (رُبْعُهُ) .

(٩) أَيْ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ . وَفِي ١ ، م : (مِنْهَا) .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : (النِّصْبِ) .

الْوَجْهَ الْأَوَّلَ ، لَا يَصِحُّ لِلْمُوصِي الْآخِرُ شَيْءٌ فِي إِجَازَةِ وَلَا رَدٍّ . وَعَلَى الثَّانِي ، يَنْقَسِمُ
الْوَصِيَّانِ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى خُمْسَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ عَلَى خُمْسَةٍ فِي الرَّدِّ . وَعَلَى
الثَّالِثِ ، يَنْقَسِمَانِ الْمَالُ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الْإِجَازَةِ ، وَالثُّلُثُ عَلَى سَبْعَةٍ فِي الرَّدِّ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ ، وَلِلْآخَرِ بِجُزْءٍ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ
فَقِيهَا أَيْضًا ثَلَاثَةٌ أَوْ جِهَةٌ ؛ أَحَدُهَا : أَنْ يُعْطَى صَاحِبُ النِّصْفِ مِثْلَ نَصِيبِ الْوَارِثِ ، إِذَا
لَمْ يَكُنْ تَمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . وَالثَّانِي ، أَنْ يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ مِنْ ثُلُثِي الْمَالِ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ
يُعْطَى مِثْلَ نَصِيبِهِ بَعْدَ أَخْذِ صَاحِبِ الْجُزْءِ وَصِيَّتَهُ . وَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ يَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ،
وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ . وَمِثَالُهُ ، رَجُلٌ خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وَوَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَلِلْآخَرِ
بِنِصْفِ بَاقِي الْمَالِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ^(١١) الرَّبْعُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِلْبَنِينَ ، وَتَصَحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ . وَعَلَى الثَّانِي لَهُ السُّدُسُ ، وَلِلْآخَرِ
نِصْفُ الْبَاقِي ، وَتَصَحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ . وَلَا تَفْرِعُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لَوْضُوحُهُمَا .
وَأَمَّا عَلَى الثَّالِثِ فَيَدْخُلُهَا الدَّوْرُ ، وَلِعَمَلِهَا طَرِيقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ ،
فَتُسْقِطَ مِنْهُ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فَهُوَ النِّصْفُ ، ثُمَّ تَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَنِينَ وَاحِدًا ، تَصِيرُ
أَرْبَعَةً ، فَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَبْعَةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ،
لِلْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ سَهْمٌ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ الْبَاقِي ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ سَهْمٌ .
طَرِيقٌ آخَرُ ، أَنْ تَزِيدَ عَلَى سِهَامِ الْبَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ
سَبْعَةً . طَرِيقٌ ثَالِثٌ ، وَيُسَمَّى الْمَنْكُوسَ ، أَنْ تَأْخُذَ سِهَامَ الْبَنِينَ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، فَتَقُولُ :
هَذِهِ ^(١٢) بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ نِصْفُهُ ، فَإِذَا أُرِدَتْ تَكْمِيلُهُ فَرُدَّ عَلَيْهِ مِثْلُهُ ، ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهَا مِثْلُ
سَهْمِ ابْنٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً . طَرِيقٌ رَابِعٌ ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالُ سَهْمَيْنِ وَنَصِيْبًا ، وَتُدْفَعَ النِّصْفُ

(١١) لَمْ : د النصف ،

(١٢) لَمْ : د هي ،

إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ لِلْبَيْنِ يَغْدُلُ ثُلُثَهُ ، فالْمَالُ كُلُّهُ سَبْعَةٌ .
وبالجبر تأخذ مالا فتلقى منه نصيبًا ، يَبْقَى مَالٌ إِلَّا نَصِيبًا ، وتُدْفَعُ نِصْفُ الْبَاقِي إِلَى
الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، يَبْقَى نِصْفُ مَالٍ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَغْدُلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، فَاجْبِرُهُ
بِنِصْفِ نَصِيبٍ ، وَزِدْهُ عَلَى الثَّلَاثَةِ ، يَبْقَى نِصْفًا كَامِلًا ، يَغْدُلُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا ، فالْمَالُ
كُلُّهُ سَبْعَةٌ .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِنِصْفِ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ ، أَخَذْتَ مَخْرَجَ النِّصْفِ
وَالثُّلُثِ ، وَهُوَ سِتَّةٌ ، نَقَصْتَ مِنْهَا وَاحِدًا ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فَهِيَ النِّصِيبُ ، ثُمَّ تَزِيدُ
وَاحِدًا عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ تَقْضِيهَا ثَلَاثَةً ،
يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَهُوَ الْمَالُ ، فَتُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ النِّصِيبِ خَمْسَةٌ ، يَبْقَى مِنَ الثُّلُثِ
اِثْنَانِ ، تُدْفَعُ مِنْهُمَا سَهْمًا إِلَى الْوَصِيِّ الْآخَرِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٌ .
وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، تَزِيدُ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ نِصْفًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي الْمَخْرَجِ ، تَكُنْ أَحَدًا
وَعِشْرِينَ . وَبِالثَّلَاثِ ، تَعْمَلُ كَمَا عَمِلْتَ فِي الْأَوَّلَى ، فَإِذَا بَلَغَتْ سَبْعَةً ضَرَبْتَ بِهَا فِي ثَلَاثَةٍ ؛
مِنْ أَجْلِ أَنْ / الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِنِصْفِ الثُّلُثِ . وَبِالرَّابِعِ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ سَهْمَيْنِ وَنَصِيبًا ،
تُدْفَعُ النِّصِيبُ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةٌ أَشْهُمٍ
وَنَصِيبَانِ ، تُدْفَعُ نَصِيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ لِلثَّلَاثِ ، فَهِيَ النِّصِيبُ ، فَإِذَا بَسَطْتَهَا
كَانَتْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا فَتَلْقَى مِنْهُ ثُلُثَهُ نَصِيبًا ، وَتُدْفَعُ إِلَى الْآخَرِ
نِصْفُ بَاقِي الثُّلُثِ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةٌ أَسْدَاسِهِ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، اجْبِرُهُ بِنِصْفِ
نَصِيبٍ ، وَزِدْهُ عَلَى سِهَامِ الْبَيْنِ ، يَصِيرُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا ، تَغْدُلُ خَمْسَةَ أَسْدَاسٍ ، أَقْلِبْ
وَحَوِّلْ ، يَصِيرُ النِّصِيبُ خَمْسَةً ، وَكُلُّ سَهْمٍ سِتَّةٌ تَكُنْ أَحَدًا وَعِشْرِينَ .

و ١٤/٦

فصل : فَإِنْ أَوْصَى لِثَلَاثٍ بِرُبْعِ الْمَالِ ، فَخُذِ الْمَخَارِجَ ، وَهِيَ اِثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ ،
وَاضْرِبْ بَعْضَهَا فِي بَعْضٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ ، وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، تَصِيرُ
أَرْبَعَةً ، وَاضْرِبْهَا فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ سِتَّةٌ وَتِسْعِينَ ، انْقُصْ مِنْهَا ضَرْبَ نِصْفِ
سَهْمٍ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَذَلِكَ اِثْنَا عَشَرَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ وَثَمَانُونَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، ثُمَّ
انْظُرِ الْأَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ ، فَانْقُصْ مِنْهَا سُدُسَهَا لِأَجْلِ الْوَصِيَّةِ الثَّانِيَةِ ، وَرُبْعَهَا لِأَجْلِ

الوصية الثالثة^(١٣) ، يَتَقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، فَادْفَعَهَا إِلَى الْمُوصَى لَهُ
بِالنَّصِيبِ ، ثُمَّ ادْفَعْ إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا يَتَقَى مِنَ الثَّلَاثِ ، وَهُوَ سَبْعَةٌ ، وَإِلَى الثَّالِثِ رُبْعَ
الْمَالِ أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، يَتَقَى اثْنَانِ وَأَرْبَعُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّانِي ،
تَرِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نِصْفَ سَهْمٍ ، وَتَضْرِبُ ثَلَاثَةً وَنِصْفًا فِي أَرْبَعَةِ عِشْرِينَ ، تَكُنْ
أَرْبَعَةٌ وَثَمَانِينَ . وَبِالطَّرِيقِ الثَّالِثِ ، تَعْمَلُ فِي هَذِهِ كَمَا عَمِلْتَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِذَا بَلَغْتَ
أَحَدًا وَعِشْرِينَ ، ضَرَبْتَهَا فِي أَرْبَعَةٍ مِنْ أَجْلِ الرُّبْعِ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَثَمَانِينَ . وَبِطَّرِيقِ
النَّصِيبِ تَقْرِضُ الْمَالَ سِتَّةَ أَشْهُمٍ ، وَثَلَاثَةَ أَنْصِيَاءَ ، تُدْفَعُ نَصِيبًا إِلَى صَاحِبِ النَّصِيبِ ،
وَالِى الْآخَرِ سَهْمًا ، وَإِلَى صَاحِبِ الرُّبْعِ سَهْمًا وَنِصْفًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ نَصِيبٍ ، وَيَتَقَى
مِنْ / الْمَالِ نَصِيبٌ وَرُبْعٌ وَثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَنِصْفٌ لِلْوَرَثَةِ ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِيَاءَ ، فَاسْقِطْ
نَصِيبًا وَرُبْعًا بِمِثْلِهَا ، يَتَقَى ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ وَنِصْفٌ ، يَعْدِلُ نَصِيبًا وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ، فَالنَّصِيبُ
إِذَا سَهْمَانِ ، فَابْسُطِ الثَّلَاثَةَ الْأَنْصِيَاءَ ، تَكُنْ سِتَّةٌ ، فَصَارَ الْمَالُ اثْنَى عَشَرَ ، وَمِنْهَا
يَصُحُّ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمَانِ ، وَلِلْآخَرِ نِصْفُ بَاقِي الثَّلَاثِ سَهْمٍ ، وَلِصَاحِبِ
الرُّبْعِ ثَلَاثَةٌ ، تَبْقَى سِتَّةٌ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ . وَهَذَا أَخْصَرُّ وَأَحْسَنُ . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ
مَا لَا تُدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا ، يَتَقَى مَالًا إِلَّا نَصِيبًا ، تُدْفَعُ نِصْفُ بَاقِي ثَلَاثِهِ ، وَهُوَ سُدُسٌ إِلَّا نِصْفَ
نَصِيبٍ ، يَتَقَى مِنَ الْمَالِ خَمْسَةَ أَسْدَاسٍ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، تُدْفَعُ مِنْهَا رُبْعُ الْمَالِ ، يَتَقَى
ثُلُثُ الْمَالِ^(١٤) وَرُبْعُهُ إِلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِيَاءَ ، أَجْبَرُ وَقَابِلُ وَقَلْبُ
وَحَوْلُ ، يَكُنْ النَّصِيبُ سَبْعَةً ، وَالْمَالُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ ، ثُمَّ تَضْرِبُهَا فِي اثْنَيْنِ ، لِيَزُولَ
الْكَسْرُ ، يَرْجِعُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ .

١٤/٦ ظ

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ رُبْعَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ ،
فَاعْمَلْهَا بِطَّرِيقِ النَّصِيبِ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، يَتَقَى مَعَكَ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
سَهْمٍ^(١٥) تُعْدِلُ نَصِيبًا وَنِصْفًا ، ابْسُطْهَا^(١٥) أَرْبَاعًا ، تَكُنْ السَّهْمَانِ خَمْسَةَ عَشَرَ ،

(١٣) سقط من : الأصل ، م .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) لى م : : ابسطهما .

والأَنْصِبَاءُ سِتَّةٌ ، تُؤَقِّفُهُمَا ^(١٦) وَتُرْذُهُمَا إِلَى وَفْقَيْهِمَا ، تُصِيرُ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ ، تُغْدِلُ
نُصَيْبَيْنِ ، أَقْلِبُ وَاجْعَلِ النُّصَيْبَ خَمْسَةَ وَالسَّهْمَ اثْنَيْنِ ، وَابْسُطْ مَا مَعَكَ ، يَصِيرُ سِتَّةً
وَعِشْرِينَ ، فَأَذْفَعْ خَمْسَةَ إِلَى صَاحِبِ النُّصَيْبِ ، وَإِلَى الْآخَرِ نِصْفَ بَاقِي الثَّلَاثِ
سَهْمَيْنِ ، وَإِلَى الْآخَرِ رُبْعَ الْبَاقِي خَمْسَةَ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةَ . وَهَذَا
الطَّرِيقُ أَخْصَرُ . وَإِنْ عَمِلْتَ بِالطَّرِيقِ الثَّانِي ، أَخَذْتَ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ ، فَتَقَصَّصْتَ
سُدُسَهَا وَرُبْعَ الْبَاقِي ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فَهِيَ النُّصَيْبُ ، ثُمَّ زِدْتَ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ
سَهْمًا ، وَتَقَصَّصْتَ نِصْفَهُ وَرُبْعَ الْبَاقِي ^(١٧) مِنْهُ ، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، رُدَّهَا عَلَى سِيَّهَامِ
الْبَيْنِ ، تَكُنْ ^(١٨) ثَلَاثَةً ، وَثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، تُضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ أَحَدًا
وَأَثْنَيْنِ ، وَمِنْهَا نَصِيحٌ ، وَبِالْجَبْرِ تُقْضَى إِلَى ذَلِكَ أَيْضًا .

فصل : وَإِنْ خَلَفَ أُمًّا وَأُخْتًا وَعَمًّا ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْعَمِّ ، وَسُدُسِ
/ مَا يَبْقَى ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُمِّ وَرُبْعَ مَا يَبْقَى ، وَلَا آخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ الْأُخْتِ وَثُلُثِ
مَا يَبْقَى ، فَاعْمَلْهَا بِالنُّكُوسِ ، وَقُلْ : أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ سِتَّةٌ ، فَأَبْدَأْ بِآخِرِ الْوَصَايَا ،
فَقُلْ : هَذَا مَالٌ ذَهَبٌ ثُلَاثَةٌ ، فَرِذْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ثَلَاثَةً ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُخْتِ ثَلَاثَةً ، صَارَتْ
اِثْنَى عَشَرَ ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبٌ رُبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ ^(١٩) ثُلَاثَةً ، وَمِثْلُ نَصِيبِ الْأُمِّ
سِتَّةٌ ، صَارَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ^(٢٠) ، ثُمَّ قُلْ : هَذَا بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبٌ سَبْعُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ سُدُسَهُ ،
وَنَصِيبَ الْعَمِّ ، صَارَ اثْنَيْنِ وَعِشْرِينَ ، وَمِنْهُ نَصِيحٌ .

فصل : فِي الْإِسْتِثْنَاءِ ، إِذَا خَلَفَ ثَلَاثَةَ بَيْنِينَ ، وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ لِأَرْبَعِ
الْمَالِ ، فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ أَرْبَعَةً ، وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ خَمْسَةً ، فَهَذَا النُّصَيْبُ ،

(١٦) فِي الْأَصْلِ : : تَوَاقَفُهُمَا .

(١٧) فِي ١ : : مَا يَبْقَى .

(١٨) فِي ٢ : : تَكْفَى .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : ٢ .

وَزِدْ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَتُدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ خَمْسَةً ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ أَرْبَعَةٌ يَبْقَى لَهُ ^(٢١) سَهْمٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةً . وَإِنْ شِئْتَ خَصَصْتَ كُلَّ ابْنٍ بِرُبْعٍ ، وَقَسَمْتَ الرُّبْعَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ . فَرِذْ عَلَى سَهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَرُبْعًا ، وَاضْرِبْهُ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةً . وَبِالْجَبْرِ ، تَأْخُذُ مَالًا ، وَتُدْفَعُ مِنْهُ نَصِيبًا إِلَى الْوَصِيِّ لَهُ ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ رُبْعُ الْبَاقِي ، وَهُوَ رُبْعُ مَالِ الْأَرْبَعِ نَصِيبٍ ، صَارَ مَعَكَ مَالُ وَرُبْعٍ إِلَّا نَصِيبًا وَرُبْعًا ، يَغْدُلُ أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، اخْبِرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجُ النَّصِيبُ خَمْسَةً ، وَالْمَالُ سَبْعَةَ عَشَرَ . فَإِنْ قَالَ : إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَخْرَجَ ثَلَاثَةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهِ ثَلَاثَةً ، صَارَ أَرْبَعَةً ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، وَتَزِيدُ عَلَى عَدَدِ الْبَيْنِ نَصِيبًا وَثَلَاثًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فَهُوَ الْمَالُ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ : الْمَالُ كُلُّهُ ثَلَاثَةُ أَنْصِبَاءَ وَوَصِيَّةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبُ الْأَرْبَعِ الْبَاقِي بَعْدَهَا ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ نَصِيبٍ ، فَيَبْقَى رُبْعُ نَصِيبٍ ، فَهُوَ الْوَصِيَّةُ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ كُلَّهُ ثَلَاثَةُ وَرُبْعٍ ، ابْسُطْهَا ، تَكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ . وَلِهَذَا الْمَسَائِلُ طُرُقُ سُبُوحٍ مَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : / أَوْصَيْتُ لَكَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيَّ إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنْ ^ظ ^{١٥/٦} **الثُّلْثِ** . فَخُذْ مَخْرَجَ الْكَسْرِ ^(٢٢) ثُلْثَ الثُّلْثِ ، وَهُوَ تِسْعَةٌ وَزِدْ عَلَيْهَا سَهْمًا ، تَكُنْ عَشْرَةً ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، وَزِدْ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَثَلَاثًا ، وَاضْرِبْ ذَلِكَ فِي تِسْعَةٍ ، تَكُنْ تِسْعَةً وَثَلَاثِينَ ، اذْفَعْ عَشْرَةً إِلَى الْوَصِيِّ ، وَاسْتَنْبِ مِنْهُ ثُلْثَ بَقِيَّةِ الثُّلْثِ سَهْمًا ، يَبْقَى لَهُ تِسْعَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنٍ عَشْرَةً . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا ثُلْثَ مَا يَبْقَى مِنَ الثُّلْثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ الْمَالَ سِتَّةً ، وَزِدْتَ عَلَيْهَا سَهْمًا ، صَارَتْ سَبْعَةً ، فَهَذَا هُوَ النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَنِصْفًا ،

(٢١) في ١ ، م : ١٠ ولم .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ١ .

وَضَرَبَتْهُ فِي سِتَّةَ ، صَارَ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، وَدَفَعَتْ إِلَى الْوَصِيِّ سَبْعَةً ، وَأَخَذَتْ مِنْهُ (٢٣)
نِصْفَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى مَعَهُ سِتَّةٌ ، وَيَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ سَبْعَةٍ ، وَإِنَّمَا كَانَ
كَذَلِكَ ، لِأَنَّ الثُّلُثَ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ هُوَ النِّصْفُ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَمَتَى أُطْلِقَ الْإِسْتِثْنَاءُ ، فَلَمْ
يَقُلْ : بَعْدَ النَّصِيبِ وَلَا بَعْدَ (٢٤) الْوَصِيَّةِ . فَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يُحْمَلُ عَلَى مَا بَعْدَ النَّصِيبِ ،
وَعِنْدَ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ وَالْبَصْرِيِّينَ يَكُونُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِلَّا خُمْسَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ ، وَلَا خَرَّ بَثْلُ مَا يَبْقَى
مِنَ الْمَالِ بَعْدَ وَصِيَّةِ الْأَوَّلِ ، فَخُذِ الْمَخْرَجَ (٢٥) خُمْسَةً ، وَزِدْ عَلَيْهَا خُمْسَهَا ، تَكُنْ
سِتَّةً ، انْقُصْ ثُلُثَهَا مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ ، يَبْقَى أَرْبَعَةٌ ، فَهِيَ النَّصِيبُ ، ثُمَّ خُذْ
سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَهُ ، وَانْقُصْ مِنْ ذَلِكَ ثُلُثَهُ ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، زِدْهَا عَلَى
أَنْصِبَاءِ الْبَيْنِينَ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ ، تَصِيرُ تِسْعَةً عَشَرَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، اذْفَعْ إِلَى الْأَوَّلِ
أَرْبَعَةً ، وَاسْتَثْنِ مِنْهُ خُمْسَ (٢٦) الْبَاقِي ثَلَاثَةً ، يَبْقَى مَعَهُ سَهْمٌ ، فَادْفَعْ إِلَى الْآخِرِ ثُلُثَ
الْبَاقِي سِتَّةً ، يَبْقَى اثْنَا عَشَرَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَرْبَعَةٍ . وَبِالْجَبْرِ خُذْ مَالًا ، وَالَّتِي مِنْهُ نَصِيبًا ،
وَاسْتَزِجْ مِنْهُ خُمْسَ الْبَاقِي ، يَصِيرُ مَعَكَ مَالٌ وَخُمْسٌ إِلَّا نَصِيبًا وَخُمْسًا ، الَّتِي مِنْهُ (٢٧)
ثُلُثُ ذَلِكَ ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ مَالٍ إِلَّا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ نَصِيبٍ ، تُعَدُّ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ،
اِجْبِرْ وَقَابِلْ وَابْسُطْ ، يَكُنِ الْمَالُ تِسْعَةً عَشَرَ ، وَالنَّصِيبُ / أَرْبَعَةٌ . وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ :
أَنْصِبَاءُ الْبَيْنِينَ ثَلَاثَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرِذْ عَلَيْهِ نِصْفَهُ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَنْصِبَاءَ
وَنِصْفًا وَوَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةُ هِيَ نَصِيبٌ إِلَّا خُمْسَ الْبَاقِي ، وَهُوَ نِصْفُ نَصِيبٍ وَخُمْسُ
(٢٨) نَصِيبٍ ، وَخُمْسُ (٢٨) وَصِيَّةٍ ، أَسْقِطْهُ مِنَ النَّصِيبِ ، يَبْقَى خُمْسُ نَصِيبٍ وَعَشْرُ

١٦/٦ و

(٢٣) ق م : : واحدة من .

(٢٤) سقط من : ١ ، م .

(٢٥) ق م : : الجميع .

(٢٦) ق م : : خمسة .

(٢٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢٨) - ٢٨ (٢٨) سقط من : م .

نصيب إلا خُمسَ وصية ، يُعْدَلُ وصية ، اجبر وقابل وبسط ، نصير ثلاثة من النصيب ، يُعْدَلُ اثني عشر سهمًا من الوصية ، وهي تَتَفَقُّ بالاثلاث ، فَرُدُّها على وفقها ، نصير سهمًا ، يُعْدَلُ أربعة ، فالوصية سهم ، والنصيب أربعة ، فابسطها ، تَكُنْ تسعة^(٢٩) عشر . فإن كان الاستثناء بعد الوصية ، قلت : المال أربعة أسهم ونصف وصية ، وهي نصيب إلا خُمسَ الباقي ، وهو تسعة أعشار نصيب ، يَبْقَى عشر نصيب ، فهو الوصية . فابسط الكل أعشارًا تَكُنْ الأنبياء خمسة وأربعين ، والوصية سهم . وإن كان استثنى خُمسَ المال كله ، فالوصية عشر نصيب إلا خُمسَ وصية ، اجبر يصير العشر يُعْدَلُ وصية وخُمسًا ، ابسط يصير النصيب سِتِّينَ ، والوصية خمسة ، والمال كله مائتان وخمسة وسبعون ، أَلْقِ منها سِتِّينَ ، واسترجع منه خُمسَ المال ، وهو خمسة وخمسون ، يَبْقَى له خمسة ، وللآخر ثلثا الباقي تسعون ، ويَبْقَى مائة ومائون ، لكل ابن سِتُون ، وترجع بالاختصار إلى خُمسها ، وذلك خمسة وخمسون ، لِلْوصِيَّةِ الأول سهم ، وللثاني ثمانية عشر ، ولكل ابن اثنا عشر . وبالجبر ، تأخذ مالا تَلْقَى منه نصيبًا ، وتزيد على المال خمسة ، يصير مالا وخُمسًا إلا نصيبًا ، أَلْقِ ثلث ذلك ، يَبْقَى أربعة أخماس مال إلا ثلثي نصيب ، يُعْدَلُ ثلاثة ، اجبر وقابل وبسط ، يَكُنْ المال ثمانية عشر وثلثًا ، اضربها في ثلاثة ، ليُزَوَّلَ الكسر ، يصير خمسة وخمسين . وإن كان استثنى الخُمسَ كله ، وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرج الكسرين / خمسة عشر ، وزد عليها خُمسها ، ثم انقص ثلث المال كله ، يَبْقَى ثلاثة عشر ، فهي النصيب ، وزد على أنبياء البين سهمًا ، واضربه في المال ، يَكُنْ سِتِّينَ ، وهو المال . وإن كان استثنى خُمسَ الباقي ، وأوصى بثلث المال كله ، فاعمل كذلك ، إلا أنك تزيد على سهام البين سهمًا وخُمسًا ، وتضربها ، تَكُنْ ثلاثة وسِتِّينَ ، فإن كان استثنى خُمسَ ما يَبْقَى من الثلث ، زدت على الخمسة عشر سهمًا واحدًا ، فصارت ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كله ، يَبْقَى أحد عشر ، فهي النصيب ، ثم زدت

١٦/٦ ط

على (٣٠) سَهَامِ الْبَيْنِ سَهْمًا وَخُمْسًا ، وَضَرَبْتُهَا فِي خُمْسَةِ عَشَرَ ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَسِتِّينَ ، تُدْفَعُ إِلَى الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ أَحَدُ عَشَرَ ، وَتُسْتَنْبَى مِنْهُ خُمْسُ بَقِيَّةِ الثَّلَاثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى مَعَهُ تِسْعَةٌ ، وَتُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الثَّلَاثِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ ، لِكُلِّ ابْنِ أَحَدِ عَشَرَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ بِثُلْثِ بَاقِي الْمَالِ ، زِدْتَ عَلَى الْخُمْسَةِ عَشَرَ وَاحِدًا ، ثُمَّ نَقَصْتَ ثُلْثَ السِّتَةِ عَشَرَ ، وَلَا ثُلْثَ هَا ، فَاضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَأَرْبَعِينَ ، انْقُصْ ثُلْثَهَا ، يَبْقَى اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ ، فَهِيَ النُّصِيبُ ، وَخُذْ سَهْمًا ، وَزِدْ عَلَيْهِ خُمْسَةً ، ثُمَّ انْقُصْ ثُلْثَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْبَاقِي ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ ، زِدْهَا عَلَى سَهَامِ الْوَرَثَةِ ، وَاضْرِبْهَا فِي خُمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ ، تَكُنْ مِائَةً وَإِحْدَى وَسَبْعِينَ . وَمِنْهَا تَصِحُّ .

فصل : فَإِنْ خَلَفَ أَرْبَعَةَ بَيْنَيْنِ ، وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ إِلَّا نَصِيبَ أَحَدِهِمْ ، أَوْ صَى لَهُ بِتَكْمِلَةِ الثَّلَاثِ عَلَى نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، فَلَهُ التَّسْعُ . وَحِسَابُهَا أَنْ تُدْفَعَ إِلَى الْوَصِيِّ وَابْنِ ثُلْثِ الْمَالِ ، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ لثَلَاثَةِ بَيْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ تِسْعَانِ ، فَعَلِمْتُ أَنَّ نَصِيبَ الْإِبْنِ مِنَ الثَّلَاثِ تِسْعَانِ ، يَبْقَى تِسْعٌ لِلْوَصِيِّ . وَإِنْ وَصَّى لِآخَرَ بِخُمْسٍ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ، عَزَلْتُ ثُلْثَ الْمَالِ ، ثُمَّ أَخَذْتُ مِنْهُ نَصِيبًا ، وَرَدَدْتُهُ عَلَى الثَّلَاثَيْنِ ، وَدَفَعْتُ إِلَى الْوَصِيِّ الثَّانِي خُمْسَ ذَلِكَ ، يَبْقَى مِنَ الْمَالِ ثَلَاثَةٌ وَخُمْسُهُ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسٍ نَصِيبٌ لِلْوَرَثَةِ ، فَأَسْقَطُ / أَرْبَعَةَ أَخْمَاسٍ نَصِيبٍ بِمِثْلِهَا ، يَبْقَى لَهُ (٣١) ثُلْثُهُ (٣٢) وَخُمْسٌ ، تَعْدِلُ ثُلَاثًا وَخُمْسًا ، فَيَنْصَفُ الْمَالُ إِذَا يَعْدِلُ ثَلَاثَةٌ أَنْصِبَاءَ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتَّةٌ لِلْوَصِيِّينَ وَالْبَيْنَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ سَهْمٌ . (طَرِيقُ آخَرُ) سَهَامُ الْبَيْنِ أَرْبَعَةٌ ، وَهِيَ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ خُمْسُهُ ، فَرَدُّ عَلَيْهِ رُبْعُهُ لِلْوَصِيِّ الثَّانِي ، صَارَتْ خُمْسَةً ، ثُمَّ زِدْ عَلَى سَهْمِ ابْنِ مَا يَكْمُلُ بِهِ الثَّلَاثَ ، وَهُوَ سَهْمٌ آخَرُ فَصَارَتْ سِتَّةٌ . وَإِنْ شِئْتَ فَرَضْتَ الْمَالَ خُمْسَةً أَسْهُمٍ وَتَكْمِلَةً ،

١٧/٦ و

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) في ١ ، م : ١ : ثلاثة .

وَدَفَعْتُ التُّكْمَلَ إِلَى صَاحِبِهَا ، وَخُمْسَ الْبَاقِي إِلَى صَاحِبِهِ ، وَيَقَى لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ .
 وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ سَهْمَ ابْنِ مَعَ التُّكْمَلَ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَأَنَّ الْبَاقِيَ بَعْدَهُمَا الثُّلَاثَانِ ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ
 أَسْهُمٌ ، فَقَابِلُ بَيْنَهُمَا^(٣٣) نِصْفَ الْأَرْبَعَةِ ، وَهِيَ سَهْمَانِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ التُّكْمَلَ سَهْمٌ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، وَلَا خَرَّ ثُلُثٌ مَا يَبْقَى
 مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا خَرَّ بِذَرَاهِمٍ ، فَاجْعَلِ الْمَالَ تِسْعَةَ دَرَاهِمٍ وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ^(٣٤) ، فَادْفَعْ إِلَى
 الْوَصِيِّ الْأَوَّلِ نَصِيبًا ، وَإِلَى الثَّانِي وَالثَّالِثِ دِرْهَمَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ وَنَصِيبَانِ ، ادْفَعْ
 نَصِيبَيْنِ إِلَى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ لِلابْنِ الثَّالِثِ ، فَالنَّصِيبُ سَبْعَةٌ ، وَالْمَالُ ثَلَاثُونَ ، فَإِنْ
 كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الثَّالِثَةُ بِدِرْهَمَيْنِ ، فَالنَّصِيبُ سِتَّةٌ وَالْمَالُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ سِتِّمَاتِيَّةً ، وَوَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ بِمِائَةٍ ، وَلَا خَرَّ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلِكُلِّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةٌ ، فَإِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ وَصِيَّتَهُ فَلَا خَرَّ مِائَةٌ . وَإِنْ وَصَّى لِلأَوَّلِ بِمِائَتَيْنِ ،
 وَلِلْآخِرِ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي ، سِوَاةَ رَدِّ الْأَوَّلِ وَصِيَّتِهِ أَوْ أَجَازَها . وَهَذَا قِيَاسُ
 قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : إِنْ رَدَّ الْأَوَّلُ ، فَلِلثَّانِي مِائَتَانِ فِي
 الْمِائَتَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمِائَتَيْنِ لَيْسَتْ بِبَاقِي الثُّلُثِ ، وَلَا تَبْتَعُهُ ، فَلَا يَكُونُ مُوَصَّى بِهَا
 لِلثَّانِي ، كَمَا لَوْ قَبِلَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ وَصَّى لِوَارِثٍ بِثُلْثِهِ ، وَلَا خَرَّ بِتَمَامِ الثُّلُثِ ، فَلَا شَيْءَ
 لِلثَّانِي . وَعَلَى قَوْلِ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، لَهُ الثُّلُثُ كَامِلًا .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَا خَرَّ بِمِائَةٍ / ، وَلِلثَّالِثِ بِتَمَامِ الثُّلُثِ عَلَى
 الْمِائَةِ ، وَلَمْ يَزِدِ الثُّلُثُ عَلَى مِائَةٍ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ التَّمَامِ . وَإِنْ زَادَ عَلَى مِائَةٍ ، وَأَجَازَ
 الْوَرَثَةَ ، أَمْضِيَتْ وَصَايَاهُمْ عَلَى مَا أَوْصَى لَهُمْ بِهِ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 يُرَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَا رَجَعَتْ إِلَى نِصْفِهَا ، فَيَدْخُلُ
 النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا . وَالثَّانِي ، لَا شَيْءَ

(٣٣) فِي م : د سَهْمًا .

(٣٤) فِي م : أَيْضًا .

لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ، ويُزاجم صاحب المائة صاحب^(٣٥) التمام ، ولا يُعطيه شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها ، وما تئث له . ويجوز أن يُزاجم به ولا يُعطيه ، كالآخر من الأبوين ، يُزاجم الجد بالآخر من الأب ، ولا يُعطيه شيئاً .

٩٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مَالِهِ ، وَلِعَمْرٍو بِرُبْعِ مَالِهِ ، وَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ ، فَاتْلُتْ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِعَمْرٍو سَهْمٌ ، وَلِزَيْدٍ سَهْمَانِ)

وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال ، أخذتها من مخزجها ، وقسمت الباقي على الورثة . وإن لم يُجيزوا ، قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سيماهم ، في حال الإجازة ، وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون في^(١) الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول الجمهور ، منهم ؛ الحسن ، والنخعي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبيوسف ، وعمر . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث ؛ لأن ما جاوز الثلث باطل ، فكيف يضرب به ؟ ولنا ، أنه فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية ، كما لو وصى بثلث وربيع ، أو بمائة ومائتين ، وماله أربعمائة . وهذا يبطل ما ذكروه ، ولأنها وصية صحيحة ، ضاق عنها الثلث ، فتقسم^(٢) بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث والرابع . وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية ، فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى . فعلى هذا إذا أوصى / لزيد بنصف ماله ، ولعمرو برُبْعِه ، فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ، إن أجاز

١٨/٦ و

(٣٥) في الأصل : ؛ بصاحب .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : ؛ أن .

(٣) في الأصل ، ١ : ؛ فقسم .

الْوَرَثَةُ ، وَيَبْقَى لَهُمُ الرُّبْعُ . وَإِنْ رَدُّوا ، فَالْثُلُثُ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، وَالْمَسْأَلَةُ كُلُّهَا مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَأَعْطَيْتِ الْمُجَازِلَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَالْمَرْدُودَ عَلَيْهِ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ . وَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ لَهَا ، وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْمُجِيزَ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ، وَمَنْ لَمْ يُجِزْ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَتِ الْمَسْأَلَتَانِ ، ضَرَبْتَ وَفَّقَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى ، وَمَنْ لَهُ سَهْمٌ مِنْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فِي وَفَّقِ الْأُخْرَى . وَإِنْ دَخَلَتْ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ فِي الْأُخْرَى ، اجْتَرَأْتَ بِأَكْثَرِهِمَا ، فَفِي مَسْأَلَةِ الْخِرْقَى هَذِهِ ، إِذَا كَانَ الْوَرَثَةُ أَمَّا وَثَلَاثَ أَخَوَاتٍ مُفْتَرِقَاتٍ^(٤) ، فَأَجَازُوا ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، لِلْوَصِيِّينَ ثَلَاثَةٌ ، يَبْقَى سَهْمٌ عَلَى سِتَّةٍ ، تُضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ . وَإِنْ رَدُّوا فَلِلْوَصِيِّينَ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ ، فَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَهُ ، ضَرَبْتَ وَفَّقِ التَّسْعَةَ فِي أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وَسَبْعِينَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ اثْنَا عَشَرَ فِي ثَلَاثَةِ سِتَّةٍ وَثَلَاثُونَ ، وَلِلْآخِرِ سَهْمٌ فِي ثَمَانِيَةٍ ، يَبْقَى ثَمَانِيَةٌ وَعِشْرُونَ لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُمُّ لَهَا وَرَدَّ الْبَاقُونَ عَلَيْهِمَا ، أَعْطَيْتِ الْأُمَّ سَهْمًا فِي ثَلَاثَةٍ ، وَالْبَاقِينَ خَمْسَةَ أَشْهُمٍ فِي ثَمَانِيَةٍ ، صَارَ الْجَمِيعُ ثَلَاثَةً وَأَرْبَعِينَ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ بَيْنَ الْوَصِيِّينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ . وَإِنْ أَجَازَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحْدَهَا^(٥) ، فَلَهَا تِسْعَةٌ^(٦) وَلِلْبَاقِي الْوَرَثَةُ^(٦) أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ لَهَا عَلَى ثَلَاثَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وَعِشْرُونَ ، وَلِلْآخِرِ ثَلَاثَةٌ عَشَرَ .

(٤) في م : ١ : متفرقات .

(٥) في م : ١ : وحدها ، تصحيف .

(٦ - ٦) في م : ١ : والباقي للورثة .

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم ، / مثل العول ، واجعل وصاياهم كالقروض التي قرضها الله تعالى للورثة ، إذا زادت على المال . وإن ردوا ، قسمت الثلث بينهم على تلك السهام . وهذا قول النخعي ، ومالك ، والشافعي . قال سعيّد بن منصور^(٧) : حدّثنا أبو معاوية ، حدّثنا أبو^(٨) عاصم الثقفى قال : قال لى إبراهيم النخعي : ما تقول فى رجل أوصى بنصف ماله ، وثلث ماله ، ورُبْع ماله ؟ قلت : لا يجوز . قال : فإنهم قد أجازوا . قلت : لا أدرى ؟ قال : امسك اثنى عشر ، فأخرج نصفها ستة ، وثلثها أربعة ، ورُبْعها ثلاثة ، فاقسم المال على ثلاثة عشر ، فلصاحب النصف ستة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة . وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصية ما^(٩) يفضل به على من دونه ، ثم يتقسمون الباقي ، إن أجازوا ، وفى الرد لا يضرب لأحد^(١٠) بأكثر من الثلث ، وإن نقص بعضهم عن الثلث ، أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه . ومثال ذلك ، رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه ، فالمال بينهم على تسعة فى الإجازة ، والثلث بينهم كذلك فى الرد ، كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأُم . وقال أبو حنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس ، فياخذ ، وهو صاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس ، فياخذانه بينهما نصفين ، ويتقسمون الباقي بينهم أثلاثاً . وتصح من ستة وثلاثين ، لصاحب الثلثين سبعة عشر ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية . وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة . ولو أوصى لرجل بجميع ماله ، ولاخر بثلثه ، فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا ، والثلث بينهما كذلك فى حال الرد . وعند أبى حنيفة : إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان ، يتقرّد بهما ، ويقاسم صاحب الثلث ، فيحصل له خمسة أسداس ، ولصاحب الثلث السدس ،

(٧) فى : باب الرجل يوصى للرجل فيموت الموصى له . السنن ١١٦/١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : وما .

(١٠) فى م : لأحدهم .

وإن ردُّوا ، اقتسما الثلث نصفين ، فلا يحصل لصاحب الثلث إلا السدس في الإجازة والردُّ جميعا . ولو جعل مكان الثلث سدسا / ، لكان لصاحب المال خمسة أسداس^(١١) في الإجازة ، ويقاسم صاحب السدس ، فيأخذ نصفه ، ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر . وفي الردِّ ، يقتسمان الثلث بينهما أثلاثا ، فيجعل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة ، وذلك أكثر مما حصل له في الإجازة ، وهذا دليل على فساد هذا القول ، لزيادة سهم الموصى له في الردِّ على حالة الإجازة ، ومتى كان للموصى له^(١٢) حق في حال الردِّ ، لا ينبغي أن يتمكَّن الوارث من تغييره ، ولا تنقيصه ، ولا أخذه منه ، ولا صرفه إلى غيره ، مع أن ما ذهب إليه الجمهور نظيره مسائل الغول في الفرائض ، والدُّيون على المُفلس ، وما ذكروه لا نظير له ، مع أن فرض الله تعالى للوارث أكد من فرض الموصى ووصيته ، ثم إن صاحب الفضل^(١٣) في الفرض المفروض ، لا ينفرد بفضله ، فكذا في الوصايا .

فصل : وإذا خلف ابنتين ، وأوصى لرجل بماله كله ، ولآخر بنصفه ، فالمال بين الوصيتين على ثلاثة إن أجازا ؛ لأنك إذا بسطت المال من جنس الكسر ، كان نصفين ، فإذا ضمنت النصف الآخر ، صارت ثلاثة ، فيقسم المال على ثلاثة ، ويصير النصف ثلثا ، كمسألة فيها زوج وأم وثلاث أخوات مفترقات^(١٤) ، فإن ردُّوا ، فالثلث بينهما على ثلاثة ، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ، فلصاحب المال التسعين ، ولصاحب النصف النصف في أحد^(١٥) الوجهين ؛ لأنه موصى له به ، وإنما منعه أخذه في^(١٦) حال الإجازة لهما ، مُراحمة صاحبه ، فإذا زالت مُراحمته ، أخذ جميع

(١١) في الأصل : أسداسه .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣ - ١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٤) في م : مفترقات .

(١٥) في م : إحدى .

(١٦) سقط من : الأصل ، م .

وَصِيَّتِهِ . والثاني ، ليس له إِلَّا الثُّلُثُ الذي كان له في حال الإجازة لهما ؛ لأن ما زاد على ذلك إنما كان حَقًّا لِصَاحِبِ المَالِ ، أَخَذَهُ الْوَرَثَةُ مِنْهُ بِالرُّدِّ عَلَيْهِ ، فَيَأْخُذُهُ ^(١٧) الْوَارِثَانِ . وإن أجاز ^(١٨) لِصَاحِبِ الكُلِّ وحده ، فله ثَمَانِيَةُ أَتْسَاعٍ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالتَّسْعُ لِلْآخَرِ ، وعلى الْوَجْهِ الثَّانِي ، ليس له إِلَّا الثُّلَثَانِ اللَّذَانِ كَانَا لَهُ فِي ^(١٩) حَالِ / الإجازة لهما ، وَالتَّسْعَانِ لِلْوَرِثَةِ . فإن أجاز أَحَدُ الْابْنَيْنِ لهما دُونَ الْآخَرِ ، فلا شَيْءَ لِلْمُجِيزِ ، وَلِلْآخَرِ الثُّلُثُ ، وَالثُّلَثَانِ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى أَرْبَعَةٍ . وإن أجاز أَحَدَهُمَا لِصَاحِبِ المَالِ وحده ، فَلِلْآخَرِ التَّسْعُ ، وَلِلْابْنِ الْآخَرِ الثُّلُثُ ، وَالباقى لِصَاحِبِ المَالِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ لَهُ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعٍ ، وَالتَّسْعُ الْبَاقِي لِلْمُجِيزِ . وإن أجاز لِصَاحِبِ النِّصْفِ وحده ، دَفَعَ إِلَيْهِ نِصْفُ مَا يَتَمُّ بِهِ النِّصْفُ ، وَهُوَ تِسْعٌ وَنِصْفُ سُدُسٍ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ يَدْفَعُ إِلَيْهِ التَّسْعُ ، فَيَصِيرُ لَهُ تِسْعَانِ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ تِسْعَانِ ، وَلِلْمُجِيزِ تِسْعَانِ ، وَالثُّلُثُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ . وَتَصِحُّ مِنْ تِسْعَةٍ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ تَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ ، لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ اثْنًا عَشَرَ ، وَلِلْمُجِيزِ خَمْسَةَ ، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ أَحَدَ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ المَالِ ثَمَانِيَةَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَسْأَلَةَ الرُّدِّ مِنْ تِسْعَةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ مِنْهَا سَهْمٌ ، فَلَوْ أَجَازَ لَهُ الْابْنَانِ ، كَانَ لَهُ تِمَامُ النِّصْفِ ثَلَاثَةً وَنِصْفُ . فَإِذَا أَجَازَ لَهُ أَحَدَهُمَا ، لَزِمَهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ سَهْمٌ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ سَهْمٍ ، فَيُضْرَبُ مَخْرُجُ الرَّبْعِ فِي تِسْعَةٍ ، يَكُنْ سِتَّةٌ وَثَلَاثِينَ .

ط ١٩/٦

٩٦٥ - مسألة : قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَوْلَدٍ فَلَا بَنَ ، فَهُوَ لِلَّذِي كَرِهَ وَالْأُنْثَى بِالسَّوِيَّةِ . وَإِنْ قَالَ : بَيْنَهُ . فَهُوَ لِلَّذِي كَرِهَ دُونَ الْإِنَاثِ)

أما إذا أوصى لولده ، أو لولد فلان ، فإنه للذكور والإناث والخائى . لا خلاف

(١٧) في م : فآخذه .

(١٨) في م : أجاز .

(١٩) سقط من : الأصل ، م .

في ذلك ؛ لأنَّ الاسمَ يَشْمَلُ الجَمِيعَ . قال اللهُ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِكْرِ مِنَ الْإِنثَى حَقٌّ مِثْلَ حَقِّ الذَّكَرِ ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ مَا آتَاكُمُ اللهُ مِنْ وَلَدٍ ﴾^(٢) . نفى^(٣) الذَّكَرَ وَالْإِنثَى جَمِيعًا ، وإن قال : لِبَنِيَّ ، أَوْ بَنِي فُلَانٍ . فهو لِلذَّكَرِ دونَ الْإِنثَى وَالْحَنَائِي . هذا قولُ الجُمهُورِ . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال الحَسَنُ ، وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : هو لِلذَّكَرِ وَالْإِنثَى جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بَنِي فُلَانٍ وَهُمْ قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْإِنثَى . وقال الثَّوْرِيُّ : إن كانوا ذُكُورًا وَإِنثَاءً ، فهو بينهم ، وإن كُنْ / بَنَاتٍ لَا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ وَالْإِنثَاءُ غَلَبَ لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَلَ فِيهِ الْإِنثَاءُ ، كَلَفَظَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُشْرِكِينَ . ولنا ، أَنَّ لَفْظَ الْبَيْنِ يَخْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَيْنِ ﴾^(٤) . وقال تعالى : ﴿ أَمْ آتَاكُم مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُمْ بِالْبَيْنِ ﴾^(٥) . وقال : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَيْنِ ﴾^(٦) . وقال : ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾^(٧) . وقد أَخْبَرَ أَنَّهُمْ لَا يَسْتَهْوُونَ الْبَنَاتِ . فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ * وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْإِنثَى ﴾^(٨) ، الْآيَةُ . وَإِنَّمَا دَخَلُوا فِي الْأَسْمِ إِذَا صَارُوا قَبِيلَةً ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ نُقِلَ فِيهِمْ عَنِ الْحَقِيقَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَلِهَذَا تقولُ الْمَرْأَةُ : أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ . إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى الْقَبِيلَةِ ، وَلَا تقولُ ذَلِكَ إِذَا انْتَسَبَتْ إِلَى أَبِيهَا .

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة المؤمنون ٩١ .

(٣) في ١ ، م : ٥ في ٤ .

(٤) سورة الصافات ١٥٣ .

(٥) سورة الزخرف ١٦ .

(٦) سورة آل عمران ١٤ .

(٧) سورة الكهف ٤٦ .

(٨) سورة النحل ٥٧ ، ٥٨ .

فصل : وإن أوصى لبنات فلان ، دَخَلَ فِيهِ الْإِنَاثُ دُونَ غَيْرِهِنَّ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِنَّ الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ ؛ لِأَنَّا^(٩) لَا نَعْلَمُ كَوْنَهُ أُنْثَى .

فصل : وإن أوصى لوليد فلان ، أَوْ لِبْنَى فَلَانٍ . وَلَمْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَهُوَ لَوْلِيدِهِ لِصُلْبِهِ ، وَأَمَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قَرِينَةٌ تُدْخِلُ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لَوْلِيدِ فَلَانٍ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَوْلَادُ أَوْلَادِهِ ، أَوْ قَالَ : وَلَا يُعْطَى وَلَدُ الْبَنَاتِ شَيْئًا . أَوْ قَالَ : إِلَّا وَلَدَ فَلَانٍ . أَوْ فَضَّلُوا وَلَدَ فَلَانٍ عَلَى غَيْرِهِمْ . وَنَحْوُ ذَلِكَ ، دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُمْ ، وَالْقَرِينَةُ صَارِفَةٌ لَهُ إِلَيْهِمْ ، فَصَارَ كَالْتَضَرِّيحِ بِهِمْ . وَإِنْ ذَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَى إِخْرَاجِهِمْ ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ . وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ حَقِيقَةٌ عِبَارَةٌ عَنْ وَلَدِ الصُّلْبِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ دَخَلُوا فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ﴾ . قُلْنَا : إِنَّمَا دَخَلُوا فِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ثَمَّ ابْنٌ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَدَخَلُوا مَعَ الْإِنَاثِ عَلَى أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَرْتَوْنَ مَا فَضَّلَ عَنِ الْبَنَاتِ ، عَلَى مَا ذَكَرَ تَفْصِيلُهُ فِي الْفَرَائِضِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ / هُنَا ، فَاتَّفَقَى دُخُولُهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ وَلَدُ الْبَيْنِ فِي الْوَصِيَّةِ ، إِذَا لَمْ تَكُنْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ دَخَلُوا فِي اسْمِ الْوَلَدِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، مِنَ الْإِرْثِ وَالْحَجَبِ وَغَيْرِهِ .

٢٠/٦ ظ

فصل : وإن وصى لوليد فلان ، أَوْ بِنَى فَلَانٍ ، وَهَمَّ قَبِيلَةً ، كَبْنَى هَاشِمٍ وَبَنَى تَعِيمٍ ، دَخَلَ فِيهِمُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْخُنْثَى ، وَيَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ مَعَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ بَنَاتِهِمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْمٌ لِلْقَبِيلَةِ ذَكَرُهَا وَأُنْثَاهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾^(١٠) . ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾^(١١) . يُرِيدُ الْجَمِيعَ . وَقَالَ : ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ ﴾^(١٢) . وَرَوَى أَنْ جَوَارِيَّ مِنَ الْأَنْصَارِ قُلْنَ :

(٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « لِأَنَّهُ » .

(١٠) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٧٠ .

(١٢) سُورَةُ الْجَانَةِ ١٦ .

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَارِ يَا حَبْدَا مُحَمَّدٌ مِنْ جَارٍ^(١٣)

ويقال : امرأة من بنى هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم ؛ لأنهم لا يتسبون إلى القبيلة .

فصل : وإن أوصى لأخواته ، فهو للإناث خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دخل فيه الذكر والأنثى جميعاً ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً ﴾^(١٤) . وقال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾^(١٥) . وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والأنثى . وإن قال : لعمومته . فالظاهر أنه مثل الإخوة ، يشمل الذكر والأنثى ؛ لأنهم إخوة أبيه . وإن قال : لبني إخوته . أولبني عمه . فهو للذكور دون الإناث ، إذا لم يكونوا قبيلة . والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والأنثى سوى هذا اللفظ ، وبني الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ البنين ، دل على إرادة الذكر ، ولأن لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ، ولفظ بني الإخوة والعم يشبه بني فلان ، وقد دللنا عليهما . والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والإخوة ، حكم ما ذكرنا في ولد الولد ، مع القرينة وعدمها .

فصل : وألفاظ الجُموع على أربعة أضرب ؛ أحدها ، ما يشمل الذكر والأنثى بوضعه ، كالأولاد والذرية والعالمين وشبهه . / والثاني ، موضوع للذكور ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا ، ^(١٦) كلفظ المسلمين ^(١٦) والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذميين والمُشركين والفاسقين ونحوه ، وكذلك ضجير المدكر ،

(١٣) انظر : سبل الهدى والرشاد ٣/ ٣٩٠ .

(١٤) سورة النساء ١٧٦ .

(١٥) سورة النساء ١١ .

(١٦) (١٦ - ١٦) في ١ : ٥ كالمسلمين .

كالواو في قاموا ، والتاء والميم في قنتم ، وهم مفردة وموصولة ، والكاف والميم في لكم وعليكم ، ونحوه . فهذا متى اجتمع ^(١٧) الذكور والإناث غلب ^(١٧) لفظ التذكير فيه ، ودخل فيه الذكر والأنثى . والثالث ، ضرب يختص ^(١٨) الذكور كالبنين والذكور والرجال والعلماء ، فلا يدخل فيه إلا الذكور . والرابع ، لفظ يختص ^(١٨) النساء ، كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات ، والضامير الموصولة هن ، فلا يتناول غير الإناث .

فصل : وإن وصى للأرامل ، فهو للنساء اللاتي فارقهن ^(١٩) أزواجهن بموت أو غيره . قال أحمد ، في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان . فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو ^(٢٠) للرجال والنساء . والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبي ، وإسحاق : هو للرجال والنساء ، وأشد أحدهما ^(٢١) :

هذه الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر
وقال آخر ^(٢٢) :

أحب أن أضطاد ضباً سخبلاً ^(٢٣) رعى الربيع والشتاء أرملاً

(١٧ - ١٧) في م : الذكور وعليه الإناث وغلب .

(١٨) في ١ : يخص .

(١٩) في الأصل : فارقن .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢١) البيت لجريز ، في اللسان (رم ل) ، وهو أيضاً في معجم مقاييس اللغة ٤٤٢/٢ . وليس في ديوان جريز .

(٢٢) الرجز في اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة ٢٠٥/١٥ (رم ل) و (س ح ب ل) . والأول منه في اللسان

والتاج (رب ل) .

وفي م : ظلياً سخبلاً . والسجيل من الضباب : الضخم .

ولنا ، أن المعروف في كلام الناس أنه النساء ، فلا يُحمَلُ لفظُ الموصي إلا عليه ،
ولأن الأرميلَ جَمْعُ أرملة ، فلا يكونُ جَمْعًا للمذكر ؛ لأن ما يَحْتَلِفُ لفظُ الذكرِ
والأنثى في واحدِهِ^(٢٣) يَحْتَلِفُ في جَمْعِهِ ، وقد أُنْكَرَ ابنُ الأَثَرِيِّ على قَائِلِ القولِ
الآخر ، وخطأه فيه ، والشعر الذي احتج به حجة عليه ، فإنه لو كان لفظُ الأرميلِ
يَشْمَلُ الذكرَ والأنثى ، لقال : « حاجتَهُم » إذ لا خِلافَ بين أهلِ اللسانِ في أن اللفظَ
متى كان للذكرِ^(٢٤) والأنثى ، ثم رُدَّ عليه ضَمِيرٌ ، غَلَبَ فيه لفظُ التذكيرِ / وضَمِيرُهُ ،
فلما رُدَّ الضميرُ على الإناثِ ، عَلِمَ أنه موضوعٌ لهنَّ على الانفرادِ ، وسَمِيَ نَفْسَهُ أَرْمَلًا
تَجَوُّزًا وتَشْبِيهًا بهنَّ ، ولذلك وَصَفَ نَفْسَهُ بأنه ذَكَرٌ ، وَيَدُلُّ على إِرَادَةِ المَجَازِ أَنَّ
اللفظَ عند إطلاقه لا يُفْهَمُ منه إلا النساءُ ، ولا يُسَمَّى به في العَرَفِ غيرُهُنَّ ، وهذا دليلٌ
على أنه لم يوضع لغيرهنَّ ، ثم لو بُنِيَ أنه في الحَقِيقَةِ لِلرِّجَالِ والنِّسَاءِ لكان قد خَصَّ به
أهلُ العَرَفِ النساءَ ، وهَجَرَتْ به^(٢٥) الحَقِيقَةُ حتى صارت مَقْمُورَةً ، لا تُفْهَمُ من
لفظِ المُتَكَلِّمِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمُ كسائرِ الألفاظِ العَرَفِيَّةِ .

فصل : فأما لفظُ^(٢٦) الأَيَّامِ ، فهو كالأَرْمِلِ ،^(٢٧) إلا أنه^(٢٨) لكلِّ امْرَأَةٍ لا زَوْجٍ
لها ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَّامَ مِنْكُمْ ﴾^(٢٩) . وفي بعضِ الحديثِ :
« أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيَّامِ »^(٣٠) . وقال أصحابنا : هو لِلرِّجَالِ والنِّسَاءِ الذين لا
أزواجَ لهم ، لما رَوَى عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ قال : آمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عَمْرِو بْنِ زَوْجِهَا ،
وَأُمُّ عُمَانَ مِنْ رُقِيَّةَ . وقال الشاعرُ^(٣١) :

(٢٣) في م : واحد .

(٢٤) في م : الذكر .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : لفظه .

(٢٧) - (٢٨) في م : لأنه .

(٢٩) سورة النور ٣٢ .

(٣٠) انظر : النهاية في غريب الحديث ١/١٦٦ .

(٣١) البيت في اللسان والتاج (أ ي م) .

فَإِنْ تَنَكَّحِي أَتُكِيحِ وَإِنْ تَنَافَيْي وَإِنْ كُنْتَ أَتَقَى مِنْكُمْ أَتَأَيُّمِ (٣١)

ولنا ، أَنَّ العَرَفَ يَخْصُ النَّسَاءَ بِهَذَا الاسْمِ ، وَالْحُكْمُ لِلْأَسْمِ العَرَفِيِّ . وقول النبي ﷺ : « أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ » . إِنَّمَا أَرَادَ بِهِ الْمَرْأَةَ ، فَإِنَّهَا الَّتِي تُوصَفُ بِهَذَا ، وَيَضُرُّ بَوَارَهَا .

فصل : والعزَابُ هم الذين لَا أَزْوَاجَ لَهُمْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، يُقَالُ : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وَامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . وَإِنَّمَا سُمِّيَ عَزَبًا لِأَنَّهُ فَرَادِهِ ، وَكُلُّ شَيْءٍ أَفْرَدَ فَهُوَ عَزَبٌ ، قَالَ ذُو الرُّمَّةِ يَصِفُ ثَوْرًا مِنَ الْوَحْشِ أَفْرَدَ (٣٢) :

يَنْجُلُو الْبَوَارِقُ عَنْ مُجْرَمٍ لَهَقَ كَأَنَّهُ مُتَقَبَّى يَلْمِيقُ عَزَبٌ (٣٣)

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْعَزَبُ بِالرَّجُلِ (٣٤) ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعَرَفِ كَذَلِكَ ، وَالثَّيْبُ وَالْبَكْرُ يَشْتَرِكُ فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ . قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « الْبَكْرُ بِالْبَكْرِ ، جِلْدٌ مَائِيٌّ ، وَنَفَى سَنَةٌ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ ، الْجِلْدُ وَالرَّجْمُ » (٣٥) . وَالْعَانِسُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ : الَّذِي كَبُرَ وَلَمْ يَتَزَوَّجْ . قَالَ قَيْسُ بْنُ رِفَاعَةَ الْوَاقِفِيُّ (٣٦) :

(٣١) عجز البيت في اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحي أتأيي » . وفي التاج : « أبد الدهر » .

(٣٢) البيت لذى الرمة . ديوانه ٨٧/١ .

(٣٣) في م : « عن مجملزلق كأنه متقبى » . ومجرمز : ثور قد انقبض واجتمع بعضه إلى بعض . ولهق : أبيض . ومتقبى : لا يس قباء . وعزب : وحده .

(٣٤) في م : « بالرجال » .

(٣٥) أخرجه مسلم ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣١٦/٣ ، ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٥٥/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٢١٠/٦ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٢/٢ ، ٨٥٣ . والدارمي ، في : باب في تفسير قول الله تعالى ﴿ أَوْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ﴾ ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ١٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٧٦/٣ ، ٣١٧/٥ ، ٣١٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٣٦) اللسان والتاج (ع ن س) .

/ فِينَا الَّذِي مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ وَالْعَانِسُونَ وَفِينَا الْمُرْدُ وَالشَّيْبُ (٣٧) و ٢٢/٦

وَالْكُھُولُ : الَّذِينَ جَاوَزُوا الثَّلَاثِينَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَيَكَلِّمُ النَّاسَ فِي أَلْمَهَدِ وَكَهْلًا ﴾ (٣٨) . قَالَ الْمُفَسِّرُونَ : ابْنُ ثَلَاثِينَ سَنَةً (٣٩) . مَا أَخُوذُ مِنْ قَوْلِهِمْ : اِكْتَهَلَ النَّبَاتُ ، إِذَا تَمَّ وَقَوَى . ثُمَّ لَا يَزَالُ كَهْلًا حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسِينَ ، ثُمَّ يَبْشِيخُ ، ثُمَّ لَا يَزَالُ شَيْخًا حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِذَا أُوصِيَ لَجْمَاعَةٍ لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، كَالْقَبِيلَةِ الْعَظِيمَةِ ، وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، صَحَّ ، وَأَجْزَأُ الدَّفْعُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ الْوُجْهَيْنِ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : يُدْفَعُ إِلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ أَقْلُ الْجَمْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَبِيلَةِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَصْرُهَا ؛ لِأَنَّهَا يَدْخُلُ فِيهَا الْأَغْنِيَاءُ وَالْفُقَرَاءُ ، وَإِذَا وَقَعَتْ لِلْأَغْنِيَاءِ لَمْ تَكُنْ قُرْبَةً ، وَإِنَّمَا تَكُونُ حَقًّا لَأَدَمِيٍّ ، وَحُقُوقُ الْأَدَمِيِّينَ إِذَا دَخَلَتْ فِيهَا الْجَهَالَةُ لَمْ تَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ لِمَجْهُولٍ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ وَصِيَّةٍ صَحَّتْ لَجْمَاعَةٍ مَحْصُورَةٍ (٤٠) ، صَحَّتْ لَهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مَحْصُورِينَ كَالْفُقَرَاءِ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرُ صَاحِحٍ ؛ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْأَغْنِيَاءِ قُرْبَةً ، وَقَدْ نَذَبَ النَّبِيُّ ﷺ إِلَى الْهَدْيَةِ وَإِنْ كَانَتْ لِعَيْنِي . وَأَمَّا جَوَازُ الدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ ، فَمَعْنَى عَلَى الدَّفْعِ فِي الزَّكَاةِ (٤١) ، وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِيهِ هُنَاكَ .

٩٦٦ - مسألة ؛ قَالَ : (وَالْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ وَلِلْحَمْلِ جَائِزَةٌ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ تَكَلَّمَ بِالْوَصِيَّةِ)

أَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ فَتَصِحُّ إِذَا كَانَ مَمْلُوكًا ، بَأَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، أَوْ حَمَلٌ بِهَيْمَةٍ

(٣٧) فِي م : الَّذِي هُوَ مَا إِنْ .

(٣٨) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٤٦ .

(٣٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(٤٠) فِي م : عَصُورِينَ .

(٤١) فِي زِيَادَةِ : مِنَ الزَّكَاةِ .

مَمْلُوكَةٍ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَرَرَ وَالْخَطَرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْوَصِيَّةِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِعْتِاقِ الْحَمْلِ ، فَإِنْ انْفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ انْفَصَلَ حَيًّا ، وَعَلِمْنَا وَجُودَهُ حَالِ الْوَصِيَّةِ ، أَوْ حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِجَوَازِ حُدُوثِهِ . وَلَوْ قَالَ : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَتِي هَذِهِ ، أَوْ نَاقَتِي هَذِهِ ، / أَوْ تَحْلِيَّتِي هَذِهِ . جَازَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ صِحَّتِهَا مَعَ الْقَرَرِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ ، فَصَحِيحَةٌ أَيْضًا ، لَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَبِذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ جَرَتْ مَجْرَى الْوَصِيَّةِ ، مِنْ حَيْثُ كَوْنُهَا انْتِقَالَ الْمَالِ مِنَ الْإِنْسَانِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، إِلَى الْمُوصَى لَهُ ، بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَانْتِقَالِهِ إِلَى وَارِثِهِ ، وَقَدْ سَمَّى اللَّهُ تَعَالَى الْوَصِيَّةَ وَصِيَّةً ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرًا مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ﴾ ^(٢) . وَالْحَمْلُ يَرِثُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهَا تَصِحُّ لِلْمُخَالِفِ فِي الدِّينِ وَالْعَبْدِ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ ، فَإِذَا وَرِثَ الْحَمْلُ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِخَطَرِ وَغَرِّ ، فَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ ، كَالْعِتَقِ . فَإِنْ انْفَصَلَ الْحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيًّا حِينَ الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تَثْبُتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْشُّكِّ . وَسَوَاءٌ مَاتَ لِعَارِضٍ ، مِنْ ضَرْبِ الْبَطْنِ ، أَوْ شَرِبَ ^(٣) دَوَاءً ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ أَنَّهُ لَا يَرِثُ . وَإِنْ وَضَعْتُهُ حَيًّا ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، إِذَا حَكَمْنَا بِوُجُودِهِ حَالِ الْوَصِيَّةِ . نَقَلَ الْخِرَقِيُّ ، إِذَا أَثَبْتُ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ . وَلَيْسَ ذَلِكَ شَرْطًا فِي كُلِّ حَالٍ ، لَكِنْ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا لِرَوْحٍ أَوْ سَيِّدٍ يَطْلُوهَا ، فَأَثَبْتُ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا دُونَ ، عَلِمْنَا وَجُودَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، وَإِنْ أَثَبْتُ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ لَهُ ؛

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢ .

(٣) لِم : ١٠ ضَرْب ٤ .

لاختتمال حُلُوثه بعد الوصية . وإن كانت بائنا ، فأثت به لأكثر من أربع سنيين من حين
 الفرقة ، وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له ، وإن أثت به لأقل
 من ذلك ، صحَّت الوصية له ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويحكم
 بوجوده إذا أثت به لأقل من أربع سنيين من حين الفرقة . وهذا مذهب الشافعي . وإن
 وصى لحمل امرأة/ من زوجها أو سيدها ، صحَّت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ،
 وإن كان متفياً^(٤) باللقان ، أو دغوى الاستبراء ، لم تصح الوصية له ؛ لعدم نسبه
 المشترط^(٥) في الوصية ، فأما إن كانت المرأة قرأنا لزوج أو سيد ، إلا أنه لا
 يطؤها ؛ لكونه غائباً في بلد بعيد ، أو مريضاً مرضاً يمنع الوطاء ، أو كان أسيراً أو
 محبوباً ، أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا^(٦) بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه
 الصور وبين ما إذا كان يطؤها ؛ لأنهما لم يفرقا في لحوق النسب بالزوج والسيد ،
 فكانت في حكم من يطؤها . ويحتمل أنه متى أثت به في هذه الحال ، لوقت يغلب
 على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ،
 أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أثت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً
 بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً ، صحَّت الوصية له ؛ لأنه يثبت له
 أحكام الحمل في^(٧) غير هذا الحكم ، وقد اتفت أسباب حُلُوثه ظاهراً ، فينبغي أن
 ثبت له الوصية ، والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً
 للنسب ، فإنه يلحق بمجرد الاختمال وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من إثبات النسب^(٨)
 بمطلق الاختمال ، نفى استحقاق الوصية ، فإنه لا يخطأ لإبطال الوصية ، كما يخطأ
 لإثبات النسب^(٩) ، فلا يلزم إلحاق ما لا يخطأ له بما يخطأ له^(١٠) مع ظهور ما يثبت
 ويصححه .

(٤) في م : متفياً .

(٥) في م : المشروط .

(٦) في الأصل : أو أقروا .

(٧) في م : من .

(٨) في م : السب .

(٩) سقط من : م .

فصل : وإن وصى بالحمل الموجد ، اعتبر وجوده كما (١٠) في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له . وإن كان حمل بهيمة ، اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام .

ظ ٢٣/٦

فصل : وإذا أوصى للمتحمل هذه المرأة ، لم يصح . وقال بعض أصحاب الشافعي : يصح ، كما تصح الوصية بما تحيل هذه الجارية . ولنا ، أن الوصية تمليك ، فلا تصح للمعذور ، بخلاف / الموصى به ، فإنه يملك ، فلم يعتبر وجوده ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجودا ، كذلك الوصية . ولو تجدد للميت مال بعد موته ، بأن يسقط في شبكته صيد ، لورثه ورثته ، ولذلك قضيتا بقبول الإرث في دينته ، وهي تتحدد بعد موته ، فجاز أن تملك بالوصية . فإن قيل : فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح ، فالوصية أولى ؛ لأنها تصح بالمعذور والمجهول ، بخلاف الوقف . قلنا : الوصية أجريت مجرى الميراث ، ولا يحصل الميراث إلا لموجود ، فكذا الوصية ، والوقف يراى للدوام ، فمن ضرورته إثباته للمعذور .

فصل : وإذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكرا وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية ؛ لأن ذلك عطية وهبة ، فأشبه ما لو وهبها شيئا بعد ولادتهما . وإن فاضل بينهما ، فهو على ما قال ، كالوقف . وإن قال : إن كان في بطنها غلام فله ديناران ، وإن كان فيه جارية فلها دينار . فولدت غلاما وجارية ، فلكل واحد منهما ما وصى له به ؛ لأن الشرط وجد فيه . وإن ولدت أحدهما منفردا ، فله وصيته . ولو قال : إن كان حملها ، أو إن كان ما في بطنها غلاما ، فله ديناران ، وإن كانت جارية فلها دينار . فولدت أحدهما منفردا ، فله وصيته . وإن ولدت غلاما وجارية ، فلا شيء لهما ؛ لأن

(١٠) سقط من : م .

أَحَدُهُمَا لَيْسَ هُوَ جَمِيعُ الْحَمْلِ . وَلَا كُلُّ مَا فِي الْبَطْنِ . وَهَذَا قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَجَرَةٍ ، أَوْ بُسْتَانٍ ، أَوْ غَلَّةٍ دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، صَحَّ ، سِوَاءَ وَصَّى بِذَلِكَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أَوْ بِجَمِيعِ الثَّمَرَةِ وَالْمَنْفَعَةِ فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ . هَذَا قَوْلُ الْجُمْهُورِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ لِأَنَّهَا / مَعْلُومَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ تَمْلِيكُهَا بِعَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، كَالْأَغْيَانِ . وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذَلِكَ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدٌ فِي سُكْنَى الدَّارِ . وَهُوَ قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ بِهَا . فَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، أُجِزَ مِنْهَا بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ^(١١) سَنَةً ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، فَالْوَرْتَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ تَسْلِيمِ خِدْمَتِهِ سَنَةً ، وَبَيْنَ تَسْلِيمِ ثُلُثِ الْمَالِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ يَوْمًا وَالْوَرْتَةُ يَوْمَيْنِ ، حَتَّى يَسْتَكْمِلَ الْمُوصَى لَهُ سَنَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْوَرْتَةُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، يَبِيعُ عَلَى هَذَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فَوَجَبَ تَنْفِيزُهَا عَلَى صِفَتِهَا إِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ ^(١٢) مِنَ الثُّلُثِ مِنْهَا ، كَسَائِرِ الْوَصَايَا ، أَوْ كَالْأَغْيَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَهِيَ أَرِيدُ تَقْوِيمُهَا ، فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُقَيَّدَةً بِمُدَّةٍ ، فَقَوْمُ الْمُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ مَسْلُوبُ الْمَنْفَعَةِ تِلْكَ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ يَقُومُ الْمَنْفَعَةُ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، فَيُنْظَرُ ؛ كَمْ قِيمَتُهَا . وَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُطْلَقَةً فِي الزَّمَانِ كُلِّهِ ، فَقَدْ قِيلَ : يَقُومُ الرِّقْبَةُ بِمَنْفَعَتِهَا جَمِيعًا ، وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُهَا ^(١٣) مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا مَنَفَعَةَ لَهُ ، وَشَجَرًا لَا ثَمَرَ لَهُ ، لَا قِيمَةَ لَهُ غَالِيًا . وَقِيلَ : يَقُومُ الرِّقْبَةُ عَلَى الْوَرْتَةِ ، وَالْمَنْفَعَةُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ . وَصِفَةُ ذَلِكَ أَنَّ يَقُومَ الْعَبْدُ

(١١) فِي ١ : عَبْدٌ .

(١٢) فِي الْأَصْلِ : « خَرَجَ » .

(١٣) فِي ١ ، م : « خَرُوجُهَا » .

بِمَنْفَعَتِهِ ، فَإِذَا قِيلَ : قِيمَتُهُ مَائَةٌ . قِيلَ : كَمْ قِيمَتُهُ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ ؟ فَإِذَا قِيلَ : عَشْرَةٌ . عَلِمْنَا أَنَّ قِيمَةَ الْمَنْفَعَةِ تَسْعُونَ .

فصل : وإن أراد الموصي له إجازة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له ينفعها ، ^(١٤) ^(١٥) وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إجازة المنفعة المستحقة بالوصية ؛ لأنه إنما أوصى له باستيفائه . ولنا ، أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً ، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كالملكها بالإجازة . / وإن أراد الموصي له إخراج العبد عن البلد ، فله ذلك . وبه قال أبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لا يخرج له إلا أن يكون أهله في غير البلد ، فيخرج به إلى أهله . ولنا ، أنه مالك لتفيعه ، فملك إخراج ، كالمستأجر .

٢٤/٦ ظ

فصل : وإذا أوصى له بثمر شجرة مدة ، أو بما يثمر أبداً ، لم يملك واحد من الموصي له والوارث ^(١٥) ^(١٤) إيجاب الآخر على سقيها ؛ لأنه لا يجبر على سقي ملكه ، ولا سقي ملك غيره . وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه ، لم يملك الآخر منعه . وإذا نيست الشجرة ، كان خطبها للوارث . وإن وصى له بثمرها سنة بعينها ، فلم تحمل تلك السنة ، فلا شيء للموصي له . وإن قال : لك ثمرتها أول عام تثمر . صح ، وله ثمرتها أول عام تثمر . وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته أو شاته . وإن وصى لرجل بشجرة ، ولاخر بثمرتها ، صح ، وكان صاحب الرقية قائماً مقام الوارث ، وله ماله . وإن وصى له بثلث شاة وصوفها ، صح ، كما نصح الوصية بثمر الشجرة . وإن وصى بثلثها خاصة ، أو صوفها خاصة ، صح ، ويقوم الموصي به دون العتق .

فصل : فأما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ،

(١٤ - ١٤) في ١ : فله ذلك . وبهذا قال .

(١٥) في الأصل : : وللوارث .

فَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ عَلَى صَاحِبِ الرِّقَةِ . هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا
لأَحْمَدَ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ التَّفَقُّعَ عَلَى الرِّقَةِ ، فَكَانَتْ
عَلَى صَاحِبِهَا ، كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ ، وَكَأَلُوهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ^(١٦) مَنَفْعَةٌ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَلِأَنَّ
الْفِطْرَةَ تَلَزَّمُهُ ، وَالْفِطْرَةُ تَتَّبِعُ التَّفَقُّعَ ، وَوُجُوبُ التَّابِعِ عَلَى إِنْسَانٍ ذَلِيلٍ عَلَى وَجُوبِ
الْمَتَّبِعِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ^(١٧) عَلَى صَاحِبِ^(١٨) الْمَنَفْعَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ
الرَّأْيِ ، وَالْإِصْطِحَارِيِّ^(١٩) ، وَهُوَ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَفْعَهُ عَلَى التَّأْيِيدِ ،
فَكَانَتْ التَّفَقُّعُ عَلَيْهِ ، كَالزَّوْجِ ، وَلِأَنَّ نَفْعَهُ لَهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَرُّهُ ، كَالْمَالِكِ لِمَا
جَمِيعًا ، يُحَقِّقُهُ أَنْ إِيْجَابُ التَّفَقُّعِ عَلَى مَنْ لَا نَفْعَ لَهُ ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ :
أَوْصَيْتُ / لَكَ بِنَفْعِ عَبْدِي ، وَأَبْقَيْتُ عَلَى وَرَثَتِي ضَرُّهُ . وَإِنْ وَصَّى بِنَفْعِهِ لِإِنْسَانٍ ،
وَلَا آخَرَ بِرَقَبَتِهِ ، كَانَ مَعْنَاهُ : أَوْصَيْتُ لِهَذَا بِنَفْعِهِ ، وَلِهَذَا بَضُرُّهُ . وَالشَّرْعُ يَنْفِي هَذَا
بِقَوْلِهِ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٢٠) . وَلِذَلِكَ جَعَلَ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ ، لِيَكُونَ ضَرُّهُ
عَلَى مَنْ لَهُ نَفْعُهُ . وَفَارَقَ الْمُسْتَأْجَرَ ، فَإِنَّ نَفْعَهُ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمُؤْجَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْأَجَرَ
عَوَضًا عَنْ مَنَافِعِهِ . وَقِيلَ : تَجِبُ نَفْعَتُهُ فِي كَسْبِهِ . وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى إِيْجَابِهَا عَلَى صَاحِبِ
الْمَنَفْعَةِ ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَإِذَا صُرِفَ فِي تَقَقُّعِهِ ، فَقَدْ صُرِفَ^(٢١) الْمَنَفْعَةُ
الْمَوْصَى بِهَا إِلَى التَّفَقُّعِ ، فَصَارَ كَأَلَوْ صُرِفَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ سِوَاهُ .

فصل : وَإِذَا أَعْتَقَ الْوَرَثَةُ الْعَبْدَ ، عَتَقَ ، وَمَنَفَعَتُهُ بَاقِيَةٌ لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا ، وَلَا يَرْجِعُ
عَلَى الْعَتِيقِ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْمَنَفْعَةِ ، لَمْ يَعْتِقْ ؛ لِأَنَّ الْعَتِيقَ لِلرِّقَةِ ، وَهُوَ
لَا يَمْلِكُهَا . وَإِنْ وَهَبَ صَاحِبُ الْمَنَفْعَةِ مَنَافِعَهُ لِلْعَبْدِ ، وَأَسْقَطَهَا عَنْهُ ، فَلِلْوَرَثَةِ الْإِئْتِفَاعُ

(١٦) سقط من : م .

(١٧-١٨) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٨) أَبُو سَعِيدٍ الْحَسَنُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَزِيدَ الْإِصْطَحْرِيُّ الشَّافِعِيُّ ، قَاضِي قَمٍ ، وَأَحَدُ الرِّفَاءِ مِنْ أَصْحَابِ الْوُجُوهِ .
تَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَعَشْرِينَ وَثَلَاثِمِائَةً بَغْدَادَ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَةِ الْكُبْرَى ٢٣٠/٣ - ٢٥٣ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « إِضْرَارٌ » . وَتَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ١٤٠/٤ .

(٢٠) فِي ١ ، م : « صَرَفٌ » .

به ؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده . وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد ، فله ذلك ، ويتأع مسلوب المنفعة ، ويقوم المشتري مقام البائع ، فيما له وعليه . وقيل : لا يجوز بيعه ^(٢١) من مالك منفعته دون ^(٢٢) غيره ^(٢٣) ؛ لأن ما لا منفعة فيه ، لا يصح بيعه ، كالحشرات والميتات . وقيل : يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره ؛ لأن مالك منفعته يجمع له الرقبة والمنفعة ، فينتفع بذلك ، بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره ، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض . ولنا ، أنه عبد مملوك ، تصح الوصية به ، فصح بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه ، وجزؤا من ينجرؤاؤه بعثته ، بخلاف الحشرات . وإن وصى لرجل برقبة عبد ، ولاخر بنفعه ، صح ، وقام / الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي .

فصل : وإذا وصى لرجل بمنفعة أمته ، فأنث بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ، حكمه حكم أمه ؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها ، كولد المكاتب والمذبذبة . ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة ؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به . ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها . وإن وطئت بشبهة ، وجب ^(٢٤) المهر على الواطئ لصاحب المنفعة عند أصحابنا ، وعندي أنه لصاحب الرقبة ؛ لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ^(٢٥) ، ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج ، وإنما هي تابعة للرقبة ، فتكون لصاحبها ، ولا يستحق صاحب المنفعة أخذ بدلها ، إن أنث بولد ، فهو حر ، وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر ، يشتريها عبد يقوم مقامه ، وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة ، وطؤها ؛ لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبته ، ولا هو زوجها ، ولا يباح الوطء

(٢١) - (٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ١ : ولا .

(٢٣) في م : فأوجب .

(٢٤) في الأصل : مفردة .

بغيرهما ، لقول الله عز وجل : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٢٥) .
 وصاحب الرِّقَةِ لا يَمْلِكُهَا مِلْكًا تَامًا ، ولا يَأْمَنُ أَنْ تُجَبَلَ مِنْهُ ، فربما أَقْضَىٰ إِلَىٰ إِفْلَاقِهَا ، وأَيْهَمَا وَطْفَهَا فَلَاحِدٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ بِشَبْهَةٍ ؛ لِوُجُودِ الْمَلِكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهَا ، وَلَدَّهُ خُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ (٢٦) وَطْءٍ شَبْهَةٍ . فَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الْمَنْفَعَةِ ، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَعَلَيْهِ قِيمَةٌ وَلَدَهَا يَوْمَ وَضْعِهِ ، وَحُكْمُهَا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا وَطَفَهَا غَيْرُهُمَا بِشَبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مَالِكُ الرِّقَةِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٌ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عِلَقَتْ مِنْ بَحْرٍ فِي مِلْكِهِ ، وَفِي وَجُوبِ قِيمَتِهِ عَلَيْهِ الْوَجْهَانِ ، وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَعِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَاطِئُ (٢٧) مَالِكُ الرِّقَةِ (٢٧) ، فَلَا مَهْرٌ عَلَيْهِ ، وَلَهُ الْمَهْرُ عَلَىٰ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ / ، إِذَا كَانَ هُوَ الْوَاطِئُ . وَعِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، بَعْكَسُ ذَلِكَ فِيهِمَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ عَلَىٰ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ إِذَا وَطِئَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا الْمَنْفَعَةَ ، فَلَزِمَهُ الْحَدُّ ، كَالْمُسْتَأْجِرِ ، فَعَلِيَ هَذَا يَكُونُ وَلَدُهُ مَمْلُوكًا .

و ٢٦/٦

فصل : وليس لواحدٍ منهما تزويجها ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الْمَنْفَعَةِ لَا يَمْلِكُ رِقَبَتَهَا ، وَمَالِكُ الرِّقَةِ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهَا ، لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرٍ صَاحِبِ الْمَنْفَعَةِ بِتَزْوِيجِهَا . فَإِنْ طَلَبَتْ ذَلِكَ ، لَزِمَ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، وَحَقُّهَا فِي ذَلِكَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمَا (٢٨) ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ طَلَبَتْهُ مِنْ سَيِّدِهَا الَّذِي يَمْلِكُ رِقَبَتَهَا وَنَفْسَهَا ، أُجِبَ عَلَيْهِ ، وَقُدِّمَ حَقُّهَا عَلَىٰ حَقِّهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ اتَّفَقَا عَلَىٰ تَزْوِيجِهَا قَبْلَ طَلَبِهَا ، جَازَ ، وَوَلِيَّهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ مَالِكُ رِقَبَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهَا . وَالْكَلَامُ فِي مَهْرِهَا وَوَلَدِهَا ، عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ .

فصل : وَإِنْ قُبِلَ الْعَبْدُ الْمُوصَىٰ بِنَفْسِهِ ، وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ، يُشْتَرَىٰ بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَ

(٢٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧) - (٢٧) في م : مالكا للرقبة .

(٢٨) في ا ، م : عليها .

الموصى به ؛ لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببديليها ، إذا لم يطل سبب استحقاقها .
ويُقَارَفُ الزوجة والعين المستأجرة ؛ لأن سبب الاستحقاق يطل بتلفيهما ، ويَحْتَمِلُ
أن تجب القيمة للوارث ، أو مالِك الرقية ، وتبطل الوصية ؛ لأن القيمة بدل الرقية ،
فتكون لصاحِبها ، وتبطل الوصية بالمنفعة ، كما تبطل الإجارة^(٢٩) .

فصل : وإذا أوصى لرجل بحب زرع ، ولا خَر بنبته ، صح ، والنفقة بينهما ؛
لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع . فإن امتنع أحدهما من الإنفاق ، فهما بمنزلة
الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والإنفاق عليه ، فيخرج في ذلك
وجهان ؛ أحدهما ، يُجبر على الإنفاق عليه . هذا قول أبي بكر ؛ لأن في ترك الإنفاق
ضرراً عليهما ، وإضاعة للمال^(٣٠) ، وقد قال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا
ضرار »^(٣١) . ونهى عن إضاعة المال^(٣٢) . والوجه الآخر ، لا يُجبر ؛ لأنه لا يُجبر
على الإنفاق على مال نفسه ، ولا مال غيره ، إذا كان كل واحد منهما منفرداً ، فكذا
إذا اجتمعا . وأصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك ، فدعا أحد الشريكين الآخر
إلى مبائنه ، فامتنع . ويتبع أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما ،
كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع .

فصل : وإن أوصى لرجل^(٣٣) بخاتم ، ولا خَر بفضه ، صح ، وليس لواحد
منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أُجيب إليه ،
وأُجبر الآخر عليه . وإن اتفقا على بيعه ، أو اضطلعا على لبسه ، جاز ؛ لأن الحق لهما
لا يعدوهُما .

(٢٩) م : « بالإجارة » .

(٣٠) في ١ ، ب ، م : « المال » .

(٣١) في الأصل ، ١ : « إضرار » . وتقدم في المسألة نفسها .

(٣٢) تقدم تحريجه في : ٥١٦/٦ .

(٣٣) في م : « له » .

فصل : وإن أوصى لرجل يدinar من غلة داره ، وغلتها ديناران ، صح . فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار ، فله منعهم منه ؛ لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار . وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث ، فلهم بيع ما زاد عليه ، وعليهم ترك الثلث . فإن كانت غلته ديناراً ، أو أقل ، فهو للموصى له ، وإن كانت أكثر ، فله دينار ، والباقي للورثة .

فصل : وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمال الشارد ، والطير في الهواء ، والسملك في الماء ؛ لأن الوصية إذا صححت بالمعدوم فبذلك أولى . ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، وهذا يورث ، فيوصى به ؛ فإن قدر عليه أخذه ، وسلمه إذا خرج من الثلث ، وللوصى السعي في تحصيله ، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

٩٦٧ - مسألة ، قال : (وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر ، فهي بينهما)

وجملة ذلك ، أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ثم وصى به لآخر ، أو وصى له بثلثه ، ثم وصى لآخر بثلثه ، أو وصى بجميع ماله لرجل ، ثم وصى به لآخر ، / فهو بينهما . ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى . وبهذا قال ربيعة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وقال جابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، وداود : وصيته للآخر منهما ؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول ، فكان رجوعاً ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر . ولأن الثانية ثناني الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعاً ، كما لو قال : هذا لورثتي . ولنا ، أنه وصى لهما بها ، فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بالجارية . وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر ، وفي مسألتنا يَحْتَمِلُ أنه قصد التشريك ، فلم تبطل وصية الآخر بالشك .

فصل : وإن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعاً . وعلى

قول الآخرين ، ينبغي أن يكونَ للثاني ثلثه كاملاً . وإن وصى بعبده لاثنتين ، فردَّ أحدهما وصيته ، فلآخر نصفه . وإن وصى لاثنتين بثلثي ماله ، فردَّ الورثة ذلك ، وردَّ أحد الوصيين وصيته ، فلآخر الثلث كاملاً ؛ لأنه وصى له به منفرداً ، وزالت المراجعة ، فكمّل له ، كما لو انفرد به .

فصل : إذا أقرَّ الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر ، وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث ، فردَّ الوارث الوصيتين ، وكان الوارث رجلاً عاقلاً عدلاً ، وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى له ، واشتركا في الثلث . وبهذا قال أبو ثور . وهو قياس قول الشافعي . وقال أصحاب الرأي : لا يشاركه المقر له . بناءً منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية . وقد ثبت أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين . رواه مسلم^(١) . وإن كان المقر ليس بعدل ، أو كان امرأة ، فالثلث لمن ثبت له البيّنة ؛ لأن وصيته ثابتة ، ولم تثبت وصية الآخر ، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة ، / فأقرَّ الوارث أنه أقرَّ لفلان بالثلث ، أو بهذا العبد ، وأقرَّ لفلان به بكلام متصل ، فالمقر به بينهما . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً . وإن أقرَّ به لواحد ، ثم أقرَّ به لآخر في مجلس آخر ، لم يقبل إقراره ؛ لأنه ثبت^(٢) للأول بإقراره ، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول ، إلا أن يكون عدلاً ، فيشهد بذلك ، ويخلف معه المقر له ، فيشاركه ، كما لو ثبت للأول^(٣) بيّنة^(٤) . وإن أقرَّ للثاني في المجلس بكلام

٢٧/٦ ظ

(١) في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٧/٢ . وابن

ماجه ، في : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) في م : « ثبت » .

(٣) في الأصل ، ١ : « الأول » .

(٤) في م : « بيّنة » .

مُتَّصِل^(٥) ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الْجَمِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقْرَأَهُ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ . والثاني ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الْمَجْلِسَ الْوَاحِدَ كَالْحَالِ الْوَاحِدَةِ ، فَإِنَّ الْخَرْقِيَّ قَالَ : وَإِذَا حَلَفَ ابْنُ الْوَلَفِ دِرْهَمٍ ، فَأَقْرَأَ بِهَا الرَّجُلَ ، ثُمَّ أَقْرَأَ بِالْفِ لآخر ، فَإِنَّ كَانَ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ ، فَلَا لَفَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ ثَبَتَ فِي الثَّلَاثِ كَامِلًا ، لِإِقْرَارِهِ بِهِ^(٦) مُتَّفَرِّدًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ ، وَكَلِمَاتُ أَقْرَأَ بِدَرَاهِمَ ، ثُمَّ سَكَتَ ، ثُمَّ قَالَ : زُبُونًا ، أَوْ صِغَارًا ، أَوْ إِلَى شَهْرٍ . أَوْ كَلِمَاتُ اسْتَنْتَى مِمَّا أَقْرَأَ بِهِ بِكَلَامٍ مُتَفَصِّلٍ فِي الْمَجْلِسِ .

٩٦٨ - مسألة ؛ (وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِبَشَرٍ فَهُوَ لِبَكْرٍ . كَانَتْ لِبَكْرٍ)

هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ أَيْضًا عَلَى مَذْهَبِ الْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْأَوَّلِ بِذِكْرِهِ أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ مَرْدُودٌ إِلَى الثَّانِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : رَجَعْتُ عَنْ وَصِيَّتِي لِبَشَرٍ وَأَوْصَيْتُ بِهَا لِبَكْرٍ . بِخِلَافِ مَا (إِذَا وَصَّى) بِشَيْءٍ وَاحِدٍ لِرَجُلَيْنِ ، أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْآخَرِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ التَّشْرِيكَ بَيْنَهُمَا ، وَقَدْ ثَبَتَتْ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ يَقِينًا ، فَلَا تُزُولُ بِالشُّكِّ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ، فَنَصَفْتُهِ لِفُلَانٍ ، أَوْ ثُلُثَهُ . كَانَ رُجُوعًا فِي الْقَدْرِ الَّذِي وَصَّى بِهِ لِلثَّانِي خَاصَّةً ، وَبَاقِيهِ لِلأَوَّلِ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : مُتَّصِلٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : وَهُوَ .

(١ - ١) فِي م : أَوْصَى .

فصل : وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به ، وفي بعضه ، إلا الوصية / بالإعتاق . والأكثر أن على جواز الرجوع في الوصية به أيضا .
 روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال : **يُغَيَّرُ الرَّجُلُ مَا شَاءَ مِنْ وَصِيَّتِهِ** . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، والثوري ، وقادة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الشعبي ، وابن سيرين ، وابن شبرمة ، والنخعي : **يُغَيَّرُ** منها ما شاء إلا العتق ؛ لأنه إعتاق بعد الموت ، فلم يملك تغييره ، كالتدبير . ولنا ، أنها وصية ، فملك الرجوع عنها ، كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت ، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها ، كهيئة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه^(١) ، وفارق التدبير ، فإنه تعليق على شرط ، فلم يملك تغييره ، كتعليقه على صفة في الحياة .

فصل : ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي . أو أبطلتها ، أو غيرتها . أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان . أو فهو لورثتي . أو في ميراثي . وإن أكله ، أو أطعمه ، أو أثلفه ، أو وهبه ، أو تصدق به ، أو باعه ، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه ، أو جارية فأحبها ، أو ما أشبه هذا ، فهو رجوع . قال ابن المنذر : **أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله ، أو بشيء فأثلفه ، أو تصدق به ، أو وهبه ، أو باعها فأحبها ، أو أؤلفها ، أنه يكون رجوعا .** وحكى عن أصحاب الرأي ، أن بيعه ليس برجوع ؛ لأنه أخذ بدله ، بخلاف الهبة . ولنا ، أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعا ، كالوهبه . وإن عرضه على البيع ، أو وصى ببيعه ، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له ، أو كاتبه ، أو وصى بإعتاقه ، أو دبره ، كان رجوعا ؛ لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع ، وإيجابه للهبة ، ووصيته ببيعه أو إعتاقه ، لكونه وصى بما يتألف الوصية الأولى ، والكتابة بيع ، والتدبير أقوى من الوصية ؛ لأنه ينجز بالموت ، فيسبق أخذ الموصى له . وإن رهنه ، كان

(٢) في الأصل : تقيضه .

رُجوعًا ؛ لأنه عُلِقَ / به حَقًّا بِجُورٍ يَتِمُّه ، فكان أَعْظَمَ من عَرْضِهِ على التَّيْنِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ ليس بِرُجُوعٍ . وهو وَجْهٌ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنه لَا يُزِيلُ الْمَلِكَ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَتَهُ ، وكذلك الْمُحْكَمُ فِي الْكِتَابَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِحَبٍّ ثُمَّ طَحَنَهُ ، أَوْ بِدَقِيقٍ فَعَجَنَهُ ، أَوْ بِعَجِينٍ فَخَبَزَهُ ، أَوْ بِخُبْزٍ فَفَقَّهَهُ ، أَوْ جَعَلَهُ قَيْيَأً . كَانَ رُجُوعًا ؛ لأنه أزالَ اسْمَهُ وَعَرْضَهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فَذُلَّ عَلَى رُجُوعِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَإِنْ وَصَّى بِكُتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ فَغَزَلَهُ ، أَوْ بِغَزَلٍ فَتَسَجَّهُ ، أَوْ بِتُوبٍ فَقَطَعَهُ ، أَوْ بِتُقْرِقَةٍ فَضَرَبَهَا ، أَوْ شَاةٍ فَذَبَحَهَا ، كَانَ رُجُوعًا . وبهذا قال أَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي ظَاهِرِ مَذْهَبِهِ . واختارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّهُ ليس بِرُجُوعٍ . وهو قولُ أَبِي ثَوْرٍ ؛ لأنه لَا يُزِيلُ الاسمَ . ولنا ، أَنَّهُ عَرْضُهُ لِلِاسْتِعْمَالِ ، فكانَ رُجُوعًا ، كالتِّي قَبْلُهَا . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ : إِنَّهُ لَا يُزِيلُ الاسمَ . فَإِنَّ التُّوبَ لَا يُسَمَّى غَزَلًا ، وَالغَزَلَ لَا يُسَمَّى كُتَّانًا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لأنه يَتَعَذَّرُ بِذَلِكَ تَسْلِيمُهُ ، فَيُذَلُّ عَلَى رُجُوعِهِ . فَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لأنه يُمكنُ تَسْلِيمُهُ . وَإِنْ وَصَّى بِقَفِيزٍ قَمَحٍ مِنْ صَبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، سِوَاءَ خَلَطَهَا بِمِثْلِهَا ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهَا ، أَوْ دُونِهَا ؛ لأنه كَانَ مُشَاعًا وَبَقِيَ مُشَاعًا . وَقِيلَ : إِنْ خَلَطَهُ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لأنه لَا يُمكنُ تَسْلِيمُهُ الْمُوصَى بِهِ ^(٣) إِلَّا بِتَسْلِيمِ خَيْرٍ مِنْهُ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ مِنْهُ ، فَصَارَ مُتَعَذَّرُ التَّسْلِيمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ .

فصل : وَإِذَا حَدَّثَ بِالْمُوصَى بِهِ مَا يُزِيلُ اسْمَهُ ، مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمُوصَى ، مِثْلُ أَنْ سَقَطَ الْحَبُّ فِي الْأَرْضِ فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ فَصَارَتْ فَضَاءً ، فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ لَا يَتَنَوَّلُهُ الاسمُ . وَإِنْ كَانَ انْهَدَامُ الدَّارِ

(٣) فِي الْأَصْلِ : مِنْهُ .

لَا يُزِيلُ اسْمَهَا ، سُلِّمَتْ إِلَيْهِ دُونَ مَا انْفَصَلَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ / الْاسْمَ حِينَ الْاسْتِحْقَاقِ يَقَعُ عَلَى الْمُتَصِلِ دُونَ الْمُتَفَصِّلِ . وَيَتَّبِعُ الدَّارَ فِي الْوَصِيَّةِ مَا يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ .

فصل : وَإِنْ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِعَيْنِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ ، فَلَا يَطْلُ بِالْجُحُودِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَالثَّانِي ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُرِيدُ إِصْصَالَهُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ غَسَلَ الثُّوبَ ، أَوْ لَبَسَهُ ، أَوْ حَصَصَ الدَّارَ ، أَوْ سَكَنَهَا ، أَوْ أَجَرَ الْأَمَةَ ، أَوْ زَوَّجَهَا ، أَوْ عَلَّمَهَا ، أَوْ وَطَّئَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ وَلَا الْاسْمَ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَيَخْتِمِلُ أَنَّ وَطْءَ الْأَمَةِ رُجُوعٌ ؛ لِأَنَّهُ يُعَرِّضُهَا لِلخُرُوجِ عَنْ جَوَازِ الثَّقَلِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُفْضِي إِلَيْهِ يَقِينًا ، فَأَشْبَهَ ثُبْسَ الثُّوبِ ، فَإِنَّهُ رِعَا أَتْلَفَهُ ، وَلَيْسَ بِرُجُوعٍ .

فصل : نَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ قَالَ : هَذَا ثَلَاثِي لِفُلَانٍ ، وَيُعْطَى فُلَانٌ مِنْهُ مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ . فَهُوَ لِلْآخِرِ مِنْهُمَا ، وَيُعْطَى هَذَا مِائَةٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِنْ مَاتَ وَقُضِيَ شَيْءٌ ، رُدَّ إِلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ . فَحُكِمَ بِصِحَّةِ الْوَصِيَّةِ وَإِنْفَاقِهَا ، عَلَى مَا أَمَرَ بِهِ الْمُوصِي .

٩٦٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، حُكِمَ بِهَا ، مَا لَمْ يَعْلَمْ رُجُوعُهَا)

نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ، فَقَالَ : مَنْ مَاتَ ، فَوُجِدَتْ وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةً عِنْدَ رَأْسِهِ ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، وَغَرِفَ خَطُّهُ ، وَكَانَ مَشْهُورَ الْخَطِّ ، يُقْبَلُ مَا فِيهَا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْخَطُّ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يُشْهِدُ عَلَى الْوَصِيَّةِ الْمَخْتُومَةِ حَتَّى يَسْمَعَهَا الشُّهُودُ مِنْهُ ، أَوْ تُقْرَأَ عَلَيْهِ ، فَيَقْرَأَ بِهَا فِيهَا . وَبِهَذَا قَالَ ^(١)

(١) سقط من : ١ ، م .

الْحَسَنُ، وَأَبُو قَلَابَةَ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَجُوزُ بِرُؤْيَا خَطِّ الشَّاهِدِ بِالشَّهَادَةِ بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَا هُنَا، وَأَبْلَغُ مِنْ هَذَا/ أَنَّ الْحَاكِمَ لَوْ رَأَى حُكْمَهُ بِخَطِّهِ تَحْتَهُ^(٢) خُتْمَهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ حَكَمَ بِهِ، أَوْ رَأَى الشَّاهِدَ شَهَادَتَهُ بِخَطِّهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الشَّهَادَةَ، لَمْ يَجُزْ لِلْحَاكِمِ إِنْفَاقُ الْحُكْمِ بِمَا وَجَدَهُ، وَلَا لِلشَّاهِدِ الشَّهَادَةُ بِمَا رَأَى خَطَّهُ بِهِ، فَهُنَا أَوَّلَى. وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي الشَّهَادَةِ. وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَا حَقَّ^(٣) أَمْرِي مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»^(٤). وَلَمْ يَذْكُرْ شَهَادَةَ^(٥). وَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْفَصْلِ^(٦) الَّذِي يَلِي هَذَا، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ يُتَسَامَحُ فِيهَا، وَهَذَا صَحَّ تَعْلِيلُهَا عَلَى الْخَطِّ وَالْعَرْرِ، وَصَحَّتْ لِلْحَمْلِ، وَبِهِ^(٧)، وَمَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، وَبِالْمَعْدُومِ وَالْمَجْهُولِ، فَجَازَ أَنْ يُتَسَامَحَ فِيهَا بِقَبُولِ الْخَطِّ، كِرَوَايَةِ الْحَدِيثِ.

فصل: وَإِنْ كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَقَالَ: اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ. أَوْ قَالَ: هَذِهِ وَصِيَّتِي، فَاشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَا. فَقَدْ حَكِيَ عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا كَتَبَ وَصِيَّتَهُ، وَخَتَمَ عَلَيْهَا، وَقَالَ لِلشَّهُودِ: اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ. لَا يَجُوزُ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ مَا فِيهِ، أَوْ يُقْرَأَ عَلَيْهِ فَيَقْرَأَ بِمَا فِيهِ. وَهُوَ قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأَوَّلَى. وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ جَوَازَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَبِلَ خَطَّهُ الْمُجَرَّدُ، فَهَذَا أَوَّلَى. وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ عَبْدُ الْمَلِكِ ابْنُ يَغْلَى^(٨)، وَمَكْحُولٌ، وَنُسَيْرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ^(٩)، وَمَالِكٌ، وَاللَّيْثُ، وَالْأَوْزَاعِيُّ،

(٢) فِي الْأَصْلِ، ١: «تَحْتِ».

(٣) فِي م: «مِنْ».

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٨٩.

(٥) فِي ١، ب، م: «شَهَادَتِهِ».

(٦) فِي ١، م، زِيَادَةٌ: «الْأَوَّلِ».

(٧) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ: م.

(٨) عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ يَغْلَى اللَّيْثِيُّ، قَاضِيُ الْبَصْرَةِ، رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مَرْسَلًا، وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ حَصِينٍ، ثِقَةٍ، تَوَفَّى سَنَةَ مِائَةٍ. تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٤٢٩/٦.

(٩) لَمْ نَعِدْ نَعْمَ بْنَ إِبْرَاهِيمَ. وَلَعَلَّ الْمَقْصُودَ نَعْمَ بْنَ أَوْسٍ الْأَشْعَرِيَّ، قَاضِيُ دِمَشْقَ، مُعَاوِصُ مَكْحُولَ. انْظُرْ: أَخْبَارُ الْقَضَاةِ لَوْ كَيْعَ ٢٠٤/٣ - ٢٠٦. الْإِسْكَالُ ٣٦٣/٧.

ومحمد بن مسلمة ، وأبو عبيد ، وإسحاق . واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه ، في أمر ولأيته وأحكامه وسننه^(١٠) ، ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولأيتهم ، بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال ، يفتنون بها محتومة ، لا يعلم حاملها ما فيها ، وأمنضوها على وجوهها ، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز ، بكتاب كتبه ، وختم عليه ، ولا تعلم أحد أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره / في علماء العصر ، فكان إجماعا .

ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجوز أن يشهد عليه ، ككتاب القاضي إلى القاضي ، فأما ما ثبت من الوصية ، بشهادة أو إقرار الورثة به ، فإنه ثبت حكمه ويعمل به ، ما لم يعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدته ، وتغيرت أحوال الموصي به ، مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ، ثم يموت بعد أو يقتل ؛ لأن الأصل بقاءه ، فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشتك ، كسائر الأحكام .

و ٣٠/٦

فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ، ويشهد عليها ؛ لأنه أحفظ لها .
وأخوط لما فيها . وقد صرح أن النبي ﷺ قال : « ما حق امرئ مسلم ، له شيء يوصي فيه ، بيت لثنتين ، إلا ووصيته مكتوبة عنده »^(١١) . وروى عن أنس ، أنه قال :

(١٠) انظر ما أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم ... ، من كتاب العلم ، وفي : باب دعوة اليهود والنصراني ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب اتخاذ الحاكم ليحكم به ... ، من كتاب اللباس ، وفي : باب كتاب الحاكم ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٢٥/١ ، ٢٦ ، ٥٤/٤ ، ٢٠٣/٧ ، ٩٢/٩ ، ٩٤ . ومسلم ، في : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، وفي : باب اتخاذ النبي ﷺ خاتما ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ١٢٩٤/٣ ، ١٦٥٧ . وأبو داود ، في : باب القتل بالقسامة ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ ، ٤٨٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القسامة ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذى ١٩٢/٦ ، ١٩٣ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة ، وفي : باب صفة خاتم النبي ﷺ ، من كتاب الزينة . المجتبى ٧/٨ ، ٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، في : باب القسامة ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٩٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٨/٣ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ٢٢٣ ، ٢٧٥ ، ٣/٤ .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٩ .

كانوا يَكْتُبُونَ فِي صُدُورِ وَصَايَاهُمْ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ فُلَانٌ ،
أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ السَّاعَةَ
آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا ، وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَوْصَى مِنْ تَرَكَ مِنْ أَهْلِهِ أَنْ يَتَّقُوا اللَّهَ ،
وَيُصَلِّحُوا ذَاتَ بَيْنِهِمْ ، وَيُطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ ، وَأَوْصَاهُمْ بِمَا أَوْصَى بِهِ
إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ : ﴿ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ
مُسْلِمُونَ ﴾ (١٢) . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ (١٣) ، عَنْ فَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ
حَسَّانٍ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عَنْ أَنَسٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ كَتَبَ (١٤) فِي
وَصِيَّتِهِ (١) : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا ذِكْرُ مَا أَوْصَى بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، إِنْ
حَدَّثَ بِي حَدِيثَ الْمَوْتِ مِنْ مَرْضَى هَذَا ، أَنْ مَرَجَعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى (١٥) ، ثُمَّ إِلَى
الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَنْتَهُمَا فِي حُلٍّ وَبَلٍّ فِيمَا وَلِيَا وَقَضِيَا ، وَأَنَّهُ لَا تَزْوُجُ
امْرَأَةً مِنْ بَنَاتِ عَبْدِ اللَّهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا (١٦) . / وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ قَالَ : كَانَ فِي وَصِيَّةِ أَبِي
الدَّرْدَاءِ : بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ أَبُو الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ يَشْهَدُ أَنَّ لَا إِلَهَ
إِلَّا اللَّهُ وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ الْجَنَّةَ حَقٌّ ، وَأَنَّ النَّارَ حَقٌّ ،
وَأَنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي الْقُبُورِ ، وَأَنَّهُ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيَكْفُرُ بِالطَّاغُوتِ ، عَلَى ذَلِكَ يَحْيَا
وَيَمُوتُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، وَأَوْصَى فِيمَا رَزَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، بِكَذَا وَكَذَا ، وَأَنْ هَذِهِ وَصِيَّتُهُ
إِنْ لَمْ يُعَيِّرْهَا .

ظ ٣٠/٦

٩٧٠ - مسألة : قال : (وَمَا أُعْطِيَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ)
وجملة ذلك أَنَّ التَّيَرُّعَاتِ الْمُنْجَزَةَ ، كَالْعِتْقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، وَالْهَبَةِ الْمَقْبُوضَةِ ،

(١٢) سورة البقرة ١٣٢

(١٣) وأخرجه الدارمي ، في : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . السنن الدارمي
٤٠٤/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب كيف تكتب الوصية ، من كتاب الوصايا . المصنف ٥٣/٩ .

(١٤) - (١٤) سقط من : م .

(١٥) في ١ ، م زيادة : : وإلى رسوله .

(٦) : أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ .

والصَّدَقَةُ ، والوَقْفُ ، والإِبْرَاءُ مِنَ الدَّيْنِ ، والعَفْوُ عَنِ الْجَنَائِيَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، إِذَا كَانَتْ فِي الصَّحَّةِ فَهِيَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَرَضٍ مَخُوفٍ انْصَلَّ بِهِ الْمَوْتُ ، فَهِيَ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَحُكِيَ عَنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ فِي الْهَيْمَةِ الْمَقْبُوضَةِ أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ ، زِيَادَةٌ لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١) . وَهَذَا يَذُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ . وَرَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ اعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدَ لَهُ فِي مَرَضِهِ ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ ، فَاسْتَدْعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَجَزَاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ ، وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةَ . ^(٢) رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَإِذَا لَمْ يَنْفِذِ الْعَتَقَ مَعَ سِرَّائِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْحَالِ الظَّاهِرُ مِنْهَا الْمَوْتُ ، فَكَانَتْ عَطِيَّتُهُ ^(٣) فِيهَا فِي حَقِّ وَرَثَتِهِ لَا تَتَجَاوَزُ الثُّلْثَ ، كَالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْعَطَايَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ الْمَخُوفِ ، حُكْمُ الْوَصِيَّةِ فِي خُمْسَةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ ^(٤) يَقِفُ نَفْوذُهَا عَلَى خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلْثِ أَوْ إِجَازَةِ ^(٥) الْوَرَثَةِ . / الثاني ، أَنَّهَا لَا تَصِحُّ لِوَارِثٍ إِلَّا بِإِجَازَةِ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ . الثالث ، أَنَّ فَضِيلَتَهَا نَاقِصَةٌ عَنْ فَضِيلَةِ الصَّدَقَةِ فِي الصَّحَّةِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الصَّدَقَةِ قَالَ : « أَنْ تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ ، تَأْمُلُ الْغَنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلَا تُنْهَلُ حَتَّى إِذَا بَلَغَتْ الْحُلُقُومَ قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلَانٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَلَفْظُهُ : قَالَ رَجُلٌ :

و ٣١/٦

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٢ .

(٢ - ٢) سقط من : ١ ، وفي م : متفق عليه . وتقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٣) في ١ ، م : علية .

(٤) في م : أن .

(٥) في ١ ، م : وإجازة .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخاري ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، في : باب بيان أفضل الصدقة صدقة =

يارسول الله : أَيْ الصَّدَقَةُ أَفْضَلُ ؟ ^(٧) قَالَ : « أَنْ تُصَدَّقَ وَأَنْتَ صَاحِبُ حَرِيصٍ » ^(٨) .
 الرابع ، أَنَّهُ يُزَاجِمُهَا الْوَصَايَا فِي الثَّلَاثِ . الخامس ، أَنَّ خُرُوجَهَا مِنَ الثَّلَاثِ مُعْتَبَرٌ حَالُ
 الْمَوْتِ ، لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ . وَيُقَارِقُ الْوَصِيَّةَ فِي سِتَّةِ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهَا لَا زِمَةٌ فِي حَقِّ
 الْمُعْطَى لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا . وَإِنْ كَثُرَتْ ، لِأَنَّ الْمَنْعَ ^(٩) مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ^(١٠) ، إِنَّمَا
 كَانَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، لَا لِحَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِجَازَتَهَا وَلَا رَدُّهَا ، وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي
 الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّبَرُّعَ بِهَا مَشْرُوطٌ بِالْمَوْتِ ^(١١) ، فَفِيمَا قَبْلَ الْمَوْتِ لَمْ يُوجَدْ التَّبَرُّعُ وَلَا
 الْعَطِيَّةُ ، بِخِلَافِ الْعَطِيَّةِ فِي الْمَرَضِ ، فَإِنَّهُ قَدْ وَجِدَتْ الْعَطِيَّةُ مِنْهُ ، وَالْقَبُولُ مِنَ
 الْمُعْطَى ، وَالْقَبْضُ ، فَلَزِمَتْ كَالْوَصِيَّةِ إِذَا قُبِلَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقُبِضَتْ . الثَّانِي ، أَنَّ
 قَبُولَهَا عَلَى الْفَوْرِ فِي حَالِ ^(١٢) حَيَاةِ الْمُعْطَى وَكَذَلِكَ رَدُّهَا ، وَالْوَصَايَا لَا حُكْمَ لِقَبُولِهَا
 وَلَا رَدِّهَا إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْعَطِيَّةَ تُصَرَّفُ فِي الْحَالِ ، فَتُعْتَبَرُ شُرُوطُهُ
 وَقَتُّ وَجُودِهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُعُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَتُعْتَبَرُ شُرُوطُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ . الثَّلَاثِ ،
 أَنَّ الْعَطِيَّةَ تَنْتَقِرُ إِلَى شُرُوطِهَا الْمَشْرُوطَةِ فِيهَا فِي الصَّحَّةِ ؛ مِنَ الْعِلْمِ ، وَكَوْنِهَا لَا يَصِحُّ
 تَعْلِيلُهَا عَلَى شَرْطٍ وَغَرَرٍ فِي غَيْرِ الْعِتْقِ ، وَالْوَصِيَّةُ بِخِلَافِهِ . الرَّابِعَ ، أَنَّهَا تُقَدَّمُ عَلَى
 الْوَصِيَّةِ ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَجُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

= الصحيح الصحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢ / ٧١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود
 ١٠٢/٢ . والنسائي ، في : باب أي الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥١/٥ . وابن ماجه ، في : باب
 النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٢٣١/٢ ، ٢٥٠ ، ٤١٥ ، ٤٤٧ .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨ - ٨) في م : « على الزيادة من الثلاث » .

(٩) تكرر في م قوله : « فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت » .

(١٠) سقط من : الأصل ، ١ .

وأبو يوسف، وزفر، إلا في العتق، فإنه حكى عنهم تقديمه، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى، ويسرى وقفه^(١١)، ويتفقد/ في ملك الغير، فيجب تقديمه. ولنا، أن العطية لازمة في حق المريض، فقدمت على الوصية، كعطية الصحة^(١٢)، ولأنها عطية بشمرة، فقدمت على العتق، كعطية الصدقة^(١٣)، وكما لو تساوى الحقان. الخامس، أن العطايا إذا عجز الثلث^(١٤) عن جميعها، يديء بالأول فالأول، سواء كان الأول عتقا^(١٥) أو غيره. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، وإن كانت من أجناس، وكانت المحاباة متقدمة قدمت، وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق، وإنما كان كذلك، لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة، فقدمت إذا تقدمت، كقضاء الدين، وإذا تساوى جنسها سوى بينها؛ لأنها عطايا من جنس واحد، تعتبر من الثلث، فسوى بينها، كالوصية. وقال أبو يوسف، ومحمد: يقدم العتق، تقدم أو تأخر. ولنا، أنهما عطيتان منجزتان، فكانت أولهما أولى، كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة، أو عتقا عند صاحبه. ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي، فإذا كانت خارجة من الثلث، لزم في حق الورثة، فلو شاركها الثانية، لمنع ذلك لزومها في حق المعطي؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى، بخلاف الوصايا، فإنها غير لازمة في حقه، وإنما تلتزم بالموت في حال واحدة، فاستويا لاسيوائيهما في حال لزوميهما، بخلاف المنجزتين. وما قاله في المحاباة غير صحيح، فإنها بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث. فأما إن وقعت دفعة واحدة، كأن^(١٥) وكل جماعة في هذه التبرعات، فأوقمها دفعة واحدة، فإن كانت كلها عتقا أقرعنا

(١١) في الأصل، ١: : واقفه .

(١٢) - (١٣) سقط من : م .

(١٣) في : م : العتق .

(١٤) في : م : عتقا .

(١٥) في الأصل، ١: : كأنه .

بينهم^(١٦) ، فَكَمَلْنَا الْعِتْقَ كُلَّهُ فِي بَعْضِهِمْ ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا مِنْ غَيْرِ الْعِتْقِ ، قَسَمْنَا
 الثُّلُثَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ عَطَايَاهُمْ ، لِأَنَّهُمْ^(١٧) تَسَاوَوْا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمْ عَلَى
 قَدَرِ حُقُوقِهِمْ ، كَقَرْمَاءِ الْمُفْلِسِ . وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْعِتْقِ ، لِحَدِيثِ عِمْرَانَ
 ابْنِ حُصَيْنٍ^(١٨) / ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْعِتْقِ تَكْمِيلُ^(١٩) الْأَحْكَامِ ، وَلَا تُكْمَلُ الْأَحْكَامُ إِلَّا
 بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعِتْقِ عَلَيْهِمْ إِضْرَارًا بِالْوَرِثَةِ وَالْمَيْتِ
 وَالْعَبِيدِ ، عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ دُفْعَةً وَاحِدَةً ، وَفِيهَا عِتْقٌ وَغَيْرُهُ ، فَفِيهِ
 رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ يُقَدَّمَ الْعِتْقُ لِتَأْكِيدِهِ^(٢٠) . وَالثَّانِيَةِ ، يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ ؛ لِأَنَّهَا
 حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فِي اسْتِحْقَاقِهَا ، فَتَسَاوَتْ فِي تَنْفِيذِهَا ، كَالْوَاثِقِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ،
 وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا حَاصِلٌ فِي حَالَةٍ^(٢١) وَاحِدَةٍ . السَّادِسُ ، أَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ
 تَقْيِيضِهِ^(٢٢) الْهَبَةَ الْمُنْجَزَةَ ، كَانَتْ الْخَيْرَةُ لِلْوَرِثَةِ ، إِنْ شَاعُوا قَبْضُوا ، وَإِنْ شَاعُوا
 مَنَعُوا ، وَالْوَصِيَّةُ تَلْزَمُ بِالْقَبُولِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ .

فصل : إِذَا قَالَ الْمَرِيضُ : إِذَا أَعْتَقْتُ سَعْدًا ، فَسَعِيدٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدٌ
 أَيْضًا إِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا عَتَقَ سَعْدٌ وَحْدَهُ ، وَلَمْ
 يُفْرَغْ بَيْنَهُمَا لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ سَعْدًا سَبَقَ بِالْعِتْقِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ عَتَقَهُ شَرْطٌ لِعِتْقِ
 سَعِيدٍ ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتَ إِعْتِقَاقُ سَعِيدٍ أَيْضًا لِقَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ مَا
 يَعْتَقُ بِهِ بَعْضُ سَعِيدٍ ، عَتَقَ ثَمَامُ الثُّلُثِ مِنْهُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ وَعَمْرُو
 حُرَّانِ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَعْدًا ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا أَحَدُهُمْ ، عَتَقَ سَعْدٌ وَحْدَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ،

(١٦) في ١ ، م : ؛ بينهما .

(١٧) في م : ؛ لأنها .

(١٨) تقدم تحريجه في صفحة ٣٩٥ .

(١٩) في ١ ، م : ؛ يكمل .

(٢٠) في ١ ، م : ؛ لتأكيد .

(٢١) في الأصل : ؛ حال .

(٢٢) في ١ : ؛ تقيض .

وإن خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنَانِ ، أو واحدٌ وبعضُ الآخر ، عَتَقَ سَعْدٌ ، وأَقْرَعَ بين سَعِيدٍ وعَمْرٍو فيما بَقِيَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عَتَقَهُمَا في حالٍ واحدةٍ ، وليس عَتَقَ أَحَدَهُمَا شَرْطًا في عَتَقِ الآخرِ . ولو خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنَانِ وبعضُ الثالثِ ، أَقْرَعْنَا بينهما ، لِتَكْمِيلِ الحُرِّيَّةِ في أَحَدِهِمَا ، وحُصُولِ التَّشْقِيقِ في الآخرِ . وإن قال : إنَّ أَعْتَقْتُ سَعْدًا فَسَعِيدٌ حُرٌّ ، أو فَسَعِيدٌ وعَمْرٍو حُرَّانِ في حالٍ إغْتاقِي سَعْدًا . فالْحُكْمُ سواءٌ لَا يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ عَتَقَ سَعْدٌ شَرْطٌ لِعَتَقِهِمَا ، فَلَوْ رَقَّ بَعْضُهُ لَفَاتَّ شَرْطُ عَتَقِهِمَا ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ . وإن كان الشَّرْطُ في الصَّحَّةِ والإِغْتاقِ في المَرَضِ ، فالْحُكْمُ على ما ذَكَّرْنَا .

ط ٣٢/٦

فصل : وإن قال : إن تَزَوَّجْتُ فَعَبْدِي / حُرٌّ . فَتَزَوُّجٌ في مَرَضِهِ بأَكْثَرِ من مَهْرِ المِثْلِ ، فالزَّيَادَةُ مُحَابَاةٌ مُعْتَبَرَةٌ من الثُّلُثِ . وإن لم تَخْرُجْ من الثُّلُثِ إِلَّا المُحَابَاةُ أو العَبْدُ ، فالمُحَابَاةُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ قَبْلَ العَتَقِ ، لِكَوْنِ التَّزْوِيجِ شَرْطًا في عَتَقِهِ ، فَقَدْ سَبَقَتْ عَتَقُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَسَاوَيَا ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ سَبَبُ لِيُثْبِتَ المُحَابَاةَ ، وَشَرْطٌ لِلْعَتَقِ ، فَلَا يَسْبِقُ وُجُودُ أَحَدِهِمَا صَاحِبَهُ ، فَيَكُونَانِ سَوَاءً . ثم هل يُقَدَّمُ العَتَقُ على المُحَابَاةِ ؟ على رَوَايَتَيْنِ . وهذا فيما إِذَا ثَبَّتَ المُحَابَاةُ بَأَن لَاتَرِثَ المَرْأَةُ الزَّوْجَ ؛ إِمَّا لَوْجُودِ مَانِعٍ مِنَ الإِرْثِ ، أَوْ لِمُقَارَفَتِهِ لِبَاقِي حَيَاتِهِ ، إِمَّا بِمَوْتِهَا أَوْ طَلَاقِهَا أَوْ نَحْوِهِ . فَأَمَّا إِنْ وَرِثَتْهُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهَا غَيْرُ ثَابِتَةٍ لَهَا إِلَّا بِإِجَازَةِ الوَرِثَةِ ، فَيَتَبَيَّنُ أَنْ يُقَدَّمُ العَتَقُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا زِمَ غَيْرُ مَوْقُوفٍ على الإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أَتَيْتُ حُرٌّ في حالِ تَزْوِيجِي . فَتَزَوُّجٌ وَأَصْدَقُ أَكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القولِ الأوَّلِ يَتَسَاوَيَانِ ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ جُعِلَ حَالَةً^(٢٣) لِإِبْقَاعِ العِتْقِ ، كما في عَتَقِي سَعْدٌ وَسَعِيدٌ ، وَبُطْلَانِ المُحَابَاةِ لَا يَبْطُلُ التَّزْوِيجُ وَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ . وعلى الاحْتِمَالِ الَّذِي ذَكَرْتُهُ ، يَكُونُ العِتْقُ سَابِقًا ، لِأَنَّ المُحَابَاةَ إِذَا ثَبَّتَ بِتَمَامِ التَّزْوِيجِ ، وَالْعِتْقُ قَبْلَ تَمَامِهِ ، فَيَكُونُ سَابِقًا على المُحَابَاةِ ، فَيُقَدَّمُ لِهَذَا الْمَعْنَى ، سَيِّمًا إِذَا تَأَكَّدَ بِقُوَّتِهِ وَكَوْنِهِ لَغَيْرِ وَاثِرٍ .

(٢٣) في م : جمالة .

فصل : إذا أعتق المَرِيضُ شِفْصًا من عَبْدٍ ، ثم أعتق شِفْصًا من آخَرٍ ، ولم يَخْرُجْ من الثُّلْثِ إِلَّا الْعَبْدُ الْأَوَّلُ ، عَتَقَ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ حِينَ يَلْفِظُ^(٢٤) بِإِعْتَاقِ شِفْصِهِ . وإن خَرَجَ الْأَوَّلُ وبعضُ الثاني ، عَتَقَ ذَلِكَ . وإن أعتق الشَّفْصَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فلم يَخْرُجْ من الثُّلْثِ إِلَّا الشَّفْصَانِ ، عَتَقَا وَرَقَّ بَاقِي الْعَبْدَيْنِ . وإن لم يَخْرُجْ إِلَّا أَحَدُهُمَا أَقْرَعَ ابْنَهُمَا . وإن^(٢٥) عَتَقَ الشَّفْصَانِ وبَاقِي أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ففِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، يُكْمَلُ الْعِتْقُ مِنْ أَحَدِهِمَا بِالْقُرْعَةِ بَيْنَهُمَا ، كَالْوَأْتَقِ الْعَبْدَيْنِ فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ الثُّلْثِ إِلَّا أَحَدُهُمَا . والثَّانِي ، يُقَسَّمُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلْثِ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ قُرْعَةٍ ، لِأَنَّهُ أَوْفَقَ عِتْقًا مُشَقَّصًا فَلَمْ يُكْمَلْهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أعتَقَ الْعَبْدَيْنِ ، وَلِهَذَا إِذَا لم يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا الشَّفْصَانِ أَعْتَقْنَاهُمَا ، وَلَمْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يُكْمَلْهُ مِنْ أَحَدِهِمَا . وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ النَّصِيبَيْنِ ، وَأَنْ يُكْمَلَ^(٢٦) عِتْقُهُمَا مِنْ ثَلَاثِهِ ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا النَّصِيبَانِ وَقِيمَةُ بَاقِي أَحَدِهِمَا ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ كَمَلَ الْعِتْقُ فِيهِ ، لِأَنَّ الْمُوصِي أَوْصَى بِتَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَجَرَى مَجْرَى إِعْتَاقِهِمَا ، بِخِلَافِ الَّذِي قَبْلَهَا .

و ٣٣/٦

فصل : وَإِذَا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بَغِيرَ عَوَضٍ ، كَالْهَبَةِ وَالْمِيرَاثِ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْمَرِيضُ إِذَا مَاتَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَعْتَقُ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةٌ ، فَلَا يَجْتَمِعُ^(٢٧) مَعَ الْمِيرَاثِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَصِيَّةً لَأَعْتَبِرَ مِنَ الثُّلْثِ ، كَالْوَأْتَقِ . وَجَعَلَ أَهْلُ الْعِرَاقِ عِتْقَ الْمَوْهُوبِ^(٢٨) وَصِيَّةً ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ سَعَى^(٢٩) فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَمْ يَرِثْ فِي قَوْلِ أُنَى حَنِيفَةَ ، وَقَالَ

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « يَلْفِظُهُ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ ، م : زِيَادَةٌ : « خَرَجَ » .

(٢٦) فِي أ ، م : « يَكْمَلُهُ » .

(٢٧) فِي أ : « يَجْمَعُ » .

(٢٨) فِي أ ، م : « الْمَوْهُوبُ » .

(٢٩) فِي م : « يَسْعَى » .

أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُخْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءً سَعَى فِيهِ .
وَلَنَا ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ هِيَ التَّبَرُّعُ بِمَالِهِ بِعَطِيَّةٍ أَوْ إِثْلَافٍ ، أَوْ التَّسْبُّبُ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ
وَاحِدٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْعِثْقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا يَقِفُ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، وَقَبُولُ الْهَبَةِ لَيْسَ
بِعَطِيَّةٍ ، وَلَا إِثْلَافٍ لِمَالِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ تَحْصِيلُ شَيْءٍ يَتَلَفُ بِتَحْصِيلِهِ ، فَأَشْبَهَ قَبُولَهُ لَشَيْءٍ
لَا يُمَكِّنُهُ حِفْظُهُ ، أَوْ لِمَا يَتَلَفُ بِبِقَائِهِ ، فِي وَقْتٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَفَارَقَ الشَّرَاءَ ؛
فَأَنَّهُ تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ فِي ثَمَنِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ
فِي مَوَاضِعَ : إِذَا وَقَفَ فِي مَرَضِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ صَحَّ ، لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِمَالٍ ؛
لَأَنَّهُ لَا يَبْتَاعُ وَلَا يُوْرَثُ . قَالَ الْخَبْرِيُّ : هَذَا قَوْلُ أَحْمَدَ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ وَأَهْلِ الْبَصْرَةِ ،
وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ عَنْ أَحَدٍ خِلَافًا . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ حَمَلَهُ
الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ مِنْهُ
بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهِ عَلَى الرِّقِّ ، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مَعْنً
يَعْتِقُ عَلَيْهِ إِذَا مَلَكَه ، عَتَقَ / عَلَيْهِ إِذَا وَرِثَهُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا وَصِيَّةَ
لِوَارِثٍ ، وَيُخْتَسَبُ بِقِيَمَتِهِ مِنْ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءً سَعَى فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ
أَصْحَابِ مَالِكٍ : يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَرِثُ كَالْمَوْهُوبِ وَالْمُزَوَّرِ . وَهُوَ قِيَاسُ
قَوْلِهِ ، لِيَكُونَ لَمْ يَجْعَلِ الْوَقْفَ وَصِيَّةً وَإِجَازَةً لِلْوَارِثِ ، فَهَذَا أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ
رَقَبَتَهُ ، فَيُجْعَلُ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ (٣٠) ، وَلَا يُجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ
إِلَيْهِ ، وَلَا وَصِيَّةٌ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَاوَضَ عَنْهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ كِبَاءٌ مَسْجِدٍ وَقَنْطَرَةٍ ، فِي
أَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ لِمَنْ يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَا يَمْنَعُهُ ذَلِكَ الْمِيرَاثَ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ
فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ
لَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقِيلَ : يَعْتِقُ وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَصَارَتْ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ ،
فَيَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَبْطُلُ عِتْقُهُ وَإِزَّتُهُ ، فَيَفْضَى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ ، فَكَانَ إِبْطَالُ
تَوْرِيثِهِ أَوَّلَى . وَقِيلَ عَلَى مَذْهَبِهِ : شِرَاؤُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ ثَمَنَهُ وَصِيَّةً ، وَالْوَصِيَّةَ يَقِفُ عَلَى

ظ ٣٣/٦

خُرُوجِهَا مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ إِجَازَةِ الْوَرْتَةِ ، وَالْبَيْعُ عِنْدَهُ لَا يُجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَوْقُوفًا .
وَمِنْ مَسَائِلِ ذَلِكَ : مَرِيضٌ وَهَبَ لَهُ ابْنُهُ ، فَقَبِلَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَخَلَّفَ مِائَتَيْنِ دِرْهَمٍ .
وَابْنُ آخَرَ ، فَإِنَّهُ يَعْتِقُ ، وَلَهُ مِائَةٌ وَلِأَخِيهِ مِائَةٌ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيَّ . وَقِيلَ ، عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَرِثُ ، وَالْمِائَتَانِ كُلُّهُمَا لِلأَبْنِ الْحُرِّ . وَقَالَ
أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ نَفْسِهِ ، وَنِصْفَ الْمِائَتَيْنِ ، وَيَحْتَسِبُ بِقِيمَةِ نِصْفِهِ^(٣١)
الْبَاقِي^(٣٢) مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ كَانَ قِيمَتُهُ مِائَتَيْنِ ، وَبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مِائَةٌ ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ،
وَالْمِائَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتِقُ مِنْهُ نِصْفَهُ
، لِأَنَّهُ قَدَّرَ ثُلُثَ التَّرِكَةِ ، وَيَسْمَى فِي قِيمَةِ بَاقِيهِ ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَسْنَى عِنْدَهُ كَالْعَبْدِ
لَا يَرِثُ إِلَّا فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ : الرَّجُلُ يَعْتِقُ أُمَّتَهُ عَلَى أَنْ تَتَزَوَّجَهُ . وَالْمَرْأَةُ تَعْتِقُ عَبْدَهَا
عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، فَيَأْتِيَانِ ذَلِكَ . / وَالْعَبْدُ الْمَوْهُوبُ^(٣٣) يَعْتِقُهُ سَيِّدُهُ . وَالْمُشْتَرَى
لِلْعَبْدِ يَعْتِقُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَهُمَا مُعْسِرَانِ . فَفِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ يَسْمَى كُلُّ وَاحِدٍ فِي قِيمَتِهِ ،
وَهُوَ حُرٌّ يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرِثُ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ
رَقَبَتِهِ ، وَيَسْمَى فِي رُبْعِ قِيمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَا مَالَ
لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَارِثَ ، عَتَقَنَّ^(٣٤) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ . وَإِنْ كَانَ
اشْتَرَاهُنَّ فَكَذَلِكَ ، فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَيْرِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ ، وَأَهْلِ
الْبَصْرَةِ ، وَبَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُنَّ ، فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَفِي الْآخَرِ يَعْتِقَنَّ كُلُّهُنَّ ؛ لَكُنْ وَصِيَّةٌ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ
جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَرَكَ مَالًا يَحْرُجَنَّ مِنْ ثُلُثِهِ عَتَقَنَّ

(٣١) فِي م : : نِصْفٌ .

(٣٢) فِي أ : : الثَّانِي .

(٣٣) فِي أ ، م : : الْمَوْهُوبُ .

(٣٤) فِي أ : : غَيْرَهُنَّ .

وَوَرِثَنَ . وقال أبو حنيفة : إذا اشترَاهُنَّ أَوْ وَهَبَنَ لَهُ ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُنَّ ، وَلَا وَاثَرَ ، عَتَقَنَ ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ لِلأَبِ وَالْأُخْتِ لِلأُمِّ (٣٥) فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا لِلأُخْتِ مِنَ الأَبِ وَالأُمِّ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَرِثَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَوْ وَرِثَا لَكَانَ لهُمَا خُمُسَا الرِّقَابِ ، وَذَلِكَ رَقَبَةٌ وَخُمُسٌ ، بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ ، فَكَانَ يَتَقَى عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ ، وَإِذَا بَقِيََتْ عَلَيْهِمَا سِعَايَةٌ لَمْ يَرِثَا ، وَكَانَتْ لهُمَا الْوَصِيَّةُ ، وَهِيَ رَقَبَةٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَتَيْنِ . وَأَمَّا الْأُخْتُ لِلأَبَوَيْنِ ، فَإِذَا وَرِثَتْ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهَا ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ الرِّقَابِ ، وَذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهَا ، فَوَرِثَتْ وَبَطَلَتْ وَصِيَّتَهَا . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقَنَ (٣٦) ، وَتَسَعَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأُخْتِ (٣٧) مِنَ الأَبِ (٣٧) ، وَالْأُخْتِ مِنَ الأُمِّ ، لِلأُخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، فِي خُمُسَى قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرِثُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ رَقَبَةٍ . وعلى قول الشافعي يَعْتَقَنَ .

فصل : وإن اشترى المريض أباه باللف ، لا مال له سِوَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَخَلَفَ ابْنًا ، فعلى القول الذي حكاه الخبر يَعْتَقُ كُلَّهُ عَلَى الْمَرِيضِ ، وَلَهُ وَلَاؤُهُ . وعلى قول القاضي يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَعْتَقُ بَاقِيَهُ / عَلَى الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُ جَدُّهُ ، وَيَكُونُ ثُلُثُ وَلَايَةِ لِلْمُشْتَرِي ، وَثُلُثَاهُ لِإِبْنِهِ . وهذا قول مالك . وقيل : هو مذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَعْتَقُ ثُلُثُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسَعَى لِلابْنِ فِي قِيمَةِ ثُلُثِيهِ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَعْتَقُ سُدُسُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَهُ ، وَيَسَعَى فِي خُمُسَةِ أَسَدَاسِ قِيمَتِهِ لِلابْنِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وقيل على قول الشافعي : يُفْسَخُ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْإِبْنُ عِتْقَهُ . وقيل : يُفْسَخُ فِي ثُلُثِيهِ ، وَيَعْتَقُ فِي (٣٨) ثُلُثِهِ ، وَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ ؛ لِتَفَرُّقِ (٣٩) الصَّفَقَةِ عَلَيْهِ . وقيل :

ظ ٣٤/٦

(٣٥) في الأصل : « من الأم » .

(٣٦) في الأصل ، م : « تبعض » .

(٣٧ - ٣٧) في م : « للأب » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) في ١ : « لتفريق » .

لا حِيارَ له ؛ لآئِه مُتَلِفٌ ، فَإِنْ تَرَكَ الْفَتَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ سُدُسَ الْأَلْفَيْنِ ،
والباقي للابن . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ . وقيل نحوه على قول الشافعي . وقيل
على قوله : يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وقيل : شِرَاهُ مَفْسُوحٌ . وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : يَرِثُ
الْأَبُ سُدُسَ التَّرِكَةِ ، وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ ، يَحْتَسِبُ بِهَا مِنْ رَقَبَتِهِ ، وَيَسْنَى فِي نِصْفِ
قِيمَتِهِ ، وَلَا وَصِيَّةَ لَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى ابْنَهُ بِالْفِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَمَاتَ ، وَخَلَفَ أَبَاهُ ،
عَتَقَ كُلَّهُ بِالشَّرَاءِ ، فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَفِي الثَّانِي ، يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَثُلَاثَاهُ عَلَى جَدِّهِ
عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَثْلًا . وبهذا قال مالكٌ . وقول الشافعي فيه على ما ذكرناه
فِي مَسْأَلَةِ الْأَبِ . وقال أبو حنيفةٌ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَسْنَى فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ لِلْأَبِ ،
وَلَا يَرِثُ . وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْنَى فِي قِيمَةِ
سُدُسِهِ . وَإِنْ تَرَكَ الْفَتَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَرِثَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْأَلْفَيْنِ ، وَلِلْأَبِ
السُّدُسُ . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ . وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : لِلْأَبِ سُدُسُ
التَّرِكَةِ خَمْسُمِائَةٍ ، وَبَاقِيهَا لِلابْنِ يَعْتَقُ مِنْهَا ، وَيَأْخُذُ أَلْفًا وَخَمْسُمِائَةٍ . وَإِنْ خَلَفَ مَالًا
يَخْرُجُ الْمَبِيعُ مِنْ ثُلُثِهِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَرِثُ مِنْهُ . كَأَنَّهُ خَرَأَ الْأَصْلَ .
وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي . يَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ / ، وَيَرِثُ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
لَمْ يَخْلَفَ الْمُشْتَرَى أَبًا خَرَأَ ، وَلَكِنْ خَلَفَ أَخًا خَرَأَ ، وَلَمْ يَتْرِكْ مَالًا ، عَتَقَ مِنْ رَأْسِ
الْمَالِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، وَيَعْتَقُ ثُلُثَهُ عَلَى الثَّانِي ، وَيَرِثُ الْأَخُ ثُلُثَيْهِ ، ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيْفَةٍ : يَعْتَقُ ثُلُثَهُ ، وَيَسْنَى لِعَمِّهِ فِي قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ :
يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَلَا سِعَايَةَ . وَإِنْ خَلَفَ الْفَتَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ ، وَوَرِثَ الْأَلْفَيْنِ ، وَلَا شَيْءَ
لِلْآخَرِ ، فِي الْأَقْوَالِ كُلِّهَا . إِلَّا مَا قِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ، إِذْهُ يَعْتَقُ وَلَا يَرِثُ . وَقِيلَ :
شِرَاهُ بَاطِلٌ ، فَإِنْ اشْتَرَى ابْنَهُ ^(٤٠) بِالْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ ثُلَاثُ أَلْفٍ ، وَخَلَفَ
ابْنًا آخَرَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْتَقِرُّ مِلْكُ الْبَائِعِ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِ
مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى حَابَاهُ بِهِ وَلَمْ يَبْقَ مِنَ التَّرِكَةِ سِوَاهُ ،
فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُهُ ، وَهُوَ تُسْعُ أَلْفٍ ، وَيُرَدُّ التُّسْعَتَيْنِ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْابْنَيْنِ . وَعَلَى الْوَجْهِ

و ٣٥/٦

(٤٠) فِي ١٠٤ ، م : ١ : ابْنَةُ ١ .

الثاني ، يَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَرِثُ أَخُوهُ ثُلُثَيْهِ^(٤١) ، فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ ، وَلِلْبَائِعِ ثُلُثُ الْمُحَابَاةِ ، وَيُرَدُّ ثُلُثُهَا ، فَيَكُونُ مِيرَاثًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الثُّلُثُ لِلْبَائِعِ ، وَيَسْعَى الْمُشْتَرَى فِي قِيَمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَ مُحَمَّدٌ : يَسْعَى فِي نِصْفِ رَقَبَتِهِ ، وَيَرِثُ نِصْفَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْمُحَابَاةُ مُقَدَّمَةٌ لَتَقْدِيمِهَا^(٤٢) ، وَيَرِثُ الْإِبْنُ الْحُرُّ أَخَاهُ فِيمِلِكُهُ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ ، وَيَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَلَا تُقَدَّمُ الْمُحَابَاةُ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْدِيمِهَا تَقْرِيرَ مِلْكِ الْأَبِ عَلَى وَلَدِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَعْتِقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَتُنْفَذُ الْمُحَابَاةُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي ، وَهُوَ تُسْعَا أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ أَرْبَعَةَ أَتْسَاعِ أَلْفٍ ، فَتَكُونُ بَيْنَ الْإِبْنَيْنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْعِنَقِ عَلَى الْمُحَابَاةِ ، فَيَعْتِقُ جَمِيعَهُ ، وَيُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثِي الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالثَّانِي ، أَنَّ يَعْتِقُ ثُلُثَهُ ، وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ تُسْعَا أَلْفٌ ، وَيُرَدُّ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِهَا ، / كَمَا قُلْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لِلْبَائِعِ بِالْمُحَابَاةِ الثُّلُثُ ، وَيُرَدُّ الثُّلُثُ ، وَيَسْعَى الْإِبْنُ فِي قِيَمَتِهِ لِأَخِيهِ . وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ ، وَ مُحَمَّدٍ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْحُرِّ ، وَيَعْتِقُ الْآخَرَ بِنِصْبِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقِيلَ عَلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ : يُرَدُّ الْبَائِعُ ثُلُثَ الْأَلْفِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ مَعَ الْإِبْنِ الْمُشْتَرَى لِلْحُرِّ . وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ . وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِالْأَلْفِ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثَةُ أَلْفٍ ، فَمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ جَعَلَهُ حُرًّا ، وَمَنْ جَعَلَ ذَلِكَ وَصِيَّةً لَهُ ، أَعْتَقَ ثُلُثَهُ بِالشَّرَاءِ ، وَيَعْتِقُ بَاقِيَهُ عَلَى أَخِيهِ ، إِلَّا فِي قَوْلِ^(٤٣) الشَّافِعِيِّ وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَإِنَّ الْحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أَخِيهِ^(٤٤) ، فَيَمْلِكُ مِنْ رَقَبَتِهِ قَدَرُ ثُلُثِي الثَّمَنِ ، وَذَلِكَ تُسْعَا رَقَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ ثَمَنَهُ مِنَ الثُّلُثِ دُونَ قِيَمَتِهِ . وَقِيلَ : يُفْسَخُ الْبَيْعُ فِي ثُلُثَيْهِ . وَقِيلَ : فِي جَمِيعِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَسْعَى لِأَخِيهِ فِي قِيَمَةِ ثُلُثَيْهِ .

(٤١) فِي ١ ، م : : ثَلَاثَةٌ .

(٤٢) فِي الْأَصْلِ ، م : : لِتَقْدِيمِهَا .

(٤٣) فِي ١ ، م : : قَوْلِي .

(٤٤) فِي ١ ، م : : أَحَدُهُ .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يَسْعَى له في نَصْفِ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْفَرِيقَ سِوَاهُ عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّ التَّرِكََةَ هِيَ الثَّمَنُ مَعَ الْآلَفَيْنِ ، وَالثَّمَنُ يُخْرَجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيَعْتَقُ وَيَرِثُ نِصْفُ الْآلَفَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقِيلَ : يَعْتَقُ ، وَلَا يَرِثُ . وَعِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ وَأَصْحَابِهِ : التَّرِكََةُ قِيَمَتُهُ مَعَ الْآلَفَيْنِ ، وَذَلِكَ خَمْسَةُ آلَافٍ . فَعَلَى قَوْلِ أَيْ حَنِيفَةٍ يَعْتَقُ مِنْهُ قَدْرُ ثَلَاثِ ذَلِكَ ، وَهُوَ أَلْفٌ وَثَلَاثَا أَلْفٍ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي أَلْفٍ ^(٤٥) وَثَلَاثِ أَلْفٍ . وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ : يَعْتَقُ مِنْهُ نِصْفُ ذَلِكَ ، وَهُوَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَيَسْعَى لِأَخِيهِ فِي خَمْسِمِائَةٍ ، وَالْآلَفَانِ لِأَخِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَلَوْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ ابْنَهُ عَمَلَهُ بِالْأَلْفِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَقِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ ، فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا ، ثُمَّ وَهَبَهُ أَخَاهُ ، ثُمَّ مَاتَ وَخَلَفَهُمَا وَخَلَفَ مَوْلَاهُ ، فَإِنَّ قِيَاسَ قَوْلِ الْقَاضِي ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَنْ يَعْتَقُ ثَلَاثًا الْمُعْتَقَ ، إِلَّا أَنْ يُعْجِزَ الْمَوْلَى عَتَقَ جَمِيعَهُ ، ثُمَّ يَرِثُ بِثَلَاثَةِ ثَلَاثِي قِيَمَةِ التَّرِكََةِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ ^(٤٦) ثَمَانِيَةَ أَسْمَاعِهِ ، وَيَبْقَى ثُسْعُهُ وَثَلَاثُ أَخِيهِ لِلْمَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ كُلَّهُ ، وَيَرِثَ أَخَاهُ ، فَيَعْتَقَانِ جَمِيعًا ، لِأَنَّهُ يَصِيرُ / بِالْإِعْتَاقِ وَارِثًا لِكُلِّ التَّرِكََةِ ، فَتَنْفَعُ إِجَارَتُهُ فِي إِعْتَاقِ بَاقِيهِ ، فَتَكْمُلُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ ، ثُمَّ يَكْمُلُ الْيَمِيرَاثُ لَهُ . وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ : يَعْتَقُ ثَلَاثًا ، وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِعْتَاقًا وَصِيَّةً لَهُ ، فَيَبْطُلُ إِعْتَاقُهُ ، ثُمَّ يَبْطُلُ إِرْثُهُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ تَوْرِيثِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ^(٤٧) ، وَيَبْقَى ثَلَاثُهُ وَابْنُ الْعَمِّ الْآخَرُ لِلْمَوْلَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَعْتَقُ ثَلَاثًا الْمُعْتَقَ ، وَيَسْعَى فِي قِيَمَةِ ثَلَاثِهِ ، وَلَا يَرِثُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَعْتَقُ كُلَّهُ ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ أَجْوَدَ بِالْهَبَةِ ، وَيَكُونَانِ أَحَقَّ بِالْيَمِيرَاثِ مِنَ الْمَوْلَى ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ سِوَاهُمَا ، أَخَذَ ذَلِكَ الْمَالُ بِالْيَمِيرَاثِ ، وَيَقْرُمُ الْمُعْتَقَ ^(٤٨) لِأَخِيهِ الْمُؤَهَّبِ نِصْفَ ^(٤٩) قِيَمَةِ نَفْسِهِ ^(٤٩) وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ؛ لِأَنَّ عَتَقَ

(٤٥) ق م : « الألف » .

(٤٦) لى زيادة : « لقدر » .

(٤٧) ق م : « للشافعي » .

(٤٨) ق م : « بالمعتق » .

(٤٩ - ٤٩) ق م : « قيمته » .

الأَوَّلُ وَصِيَّةً لَهُ^(٥٠) ، وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَقَدْ صَارَ وَارِثًا مَعَ أَخِيهِ ، فَوَرِثَ نِصْفَ قِيَمَةِ رَقَبَتِهِ^(٥١) ، وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ ، وَوَرِثَ أَخُوهُ الْبَاقِي ، وَكَانَ أَخُوهُ الْمَوْهُوبُ لَهُ هِبَةً مِنَ الْمَرِيضِ لَهُ^(٥٢) ، فَيَعْتِقُ^(٥٣) بِقَرَابَتِهِ مِنْهُ ، وَلَمْ يَعْتِقْ مِنَ الْمَرِيضِ ، فَلَمْ يَكُنْ عَنْقُهُ وَصِيَّةً ، بَلِ اسْتَهْلَكَهَا بِالْعَتَقِ الَّذِي جَرَى فِيهَا ، فَيَعْرِمُ الْأَوَّلُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ وَنِصْفَ قِيَمَةِ أَخِيهِ لِأَخِيهِ . وَأَمَّا قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ لَمْ يَدْعُ وَارِثًا غَيْرَهُمَا عَتَقًا ، وَغَيْرَ الْأَوَّلُ لِأَخِيهِ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٤) أَخِيهِ ، وَلَمْ يَعْرِمَ لَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ^(٥٥) نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَرِثَانِ ، وَلَا يَعْتَقَانِ حَتَّى تَجُوزَ وَصِيَّةُ الْأَوَّلِ ، لِأَنَّهُ مَتَى بَقِيَ عَلَيْهِ سَعَايَةٌ ، لَمْ يَرِثْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَمْ يَعْتِقْ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَنْتَفِذَ لِلْمُعْتَقِ وَصِيَّةٌ لِيَصِيرَ حُرًّا فَيَعْتِقَ أَخُوهُ بَعْتَقَهُ ، وَقَدْ جَازَتْ لَهُ الْوَصِيَّةُ فِي جَمِيعِ رَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِذَا لَمْ يَدْعُ وَارِثًا ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَيَرِثَانِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : قَدْ صَبَرْتُ أَنَا وَأَنْتَ وَارِثَيْنِ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْ الْمِيرَاثِ شَيْئًا ذُنُونِي ، وَقَدْ كَانَتْ رَقَبَتِي لَكَ وَصِيَّةً وَعَتَقْتُ مِنْ قَبْلِكَ ، فَاضْمَنْ لِي نِصْفَ رَقَبَتِي . فَإِنْ كَانَ / مُعْسِرًا وَهَناكَ مَالٌ غَيْرُهُمَا ، أَخَذَ الثَّانِي نِصْفَهُ ، ثُمَّ أَخَذَ مِنَ النِّصْفِ الثَّانِي نِصْفَ قِيَمَةِ نَفْسِهِ ، وَكَانَ مَا بَقِيَ مِيرَاثًا لِأَخِيهِ الْأَوَّلِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِلْمَرِيضِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ ، فَتَبَرَّعَ بِالْأَلْفِ ، ثُمَّ اشْتَرَى أَبَاهُ بِمَا بَقِيَ ، وَلَهُ ابْنٌ ، فَعَلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ لَيْسَ الشَّرَاءُ وَصِيَّةً : يَعْتِقُ الْأَبُ وَيَنْفِذُ مِنَ التَّبَرُّعِ قَدْرَ ثُلْثِ الْمَالِ حَالَ الْمَوْتِ ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ سُدُسُهُ ، وَبَاقِيَهُ لِلْابْنِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ جَعَلَهُ وَصِيَّةً : لَا يَعْتِقُ الْأَبُ^(٥٥) ؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَ الْمَرِيضِ إِنْمَا يَنْفِذُ فِي الثُّلْثِ ، وَيُقَدَّمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ ، وَإِذَا قُدِّمَ التَّبَرُّعُ لَمْ يَتَّقْ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ ، وَيَرِثُهُ الْابْنُ ، فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ ،

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١) ق م : ١ : نفسه .

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) ق م : ١ : يعتق .

(٥٤) ق م : ١ : قيمته .

(٥٥) ق م : ١ : أب .

وَلَا يَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَإِنْ وُهِبَ لَهُ أَبُوهُ ، عَتَقَ ، وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لَيْسَتْ بِوَصِيَّةٍ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَرِثَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى أَبَاهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَعْتِقْ عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْتِقْ بِالْمَلِكِ ، وَهُوَ أَقْوَى مِنَ الْإِعْتَاقِ بِالْقَوْلِ ، بِدَلِيلِ تَقْوِذِهِ فِي (٥٦) حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا يَنْفَذَ بِالْقَوْلِ .

فصل : وَإِنْ مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَرِثُهُ مِمَّنْ لَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَابْنِ عَمِّهِ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضِهِ ، كَانَ إِعْتَاقُهُ وَصِيَّةً مُعْتَبَرَةً مِنَ الثَّلَاثِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْرَغَ بَيْنَ الْعَبِيدِ الَّذِينَ أَعْتَقَهُمْ مَالَهُمْ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُمْ (٥٧) ، فَأَعْتَبَرِ عَتَقَهُمْ مِنَ الثَّلَاثِ . فَعَلِيَ هَذَا يُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْمُعْتَقِ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي مَرِيضِ مَلَكَ ابْنِ عَمِّهِ فِي مَرَضِهِ ، فَأَقْرَبَ بَأَنَّهُ كَانَ أَعْتَقَهُ فِي صِحَّتِهِ ، عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَكَانَ إِقْرَارُهُ لَوَارِثِ ، فَلَا يَقْبَلُ ، فَيُؤَدَّى تَوْرِيثُهُ إِلَى إِبْطَالِ عَتَقِهِ ، ثُمَّ يَطْلُ مِيرَاثُهُ ، فَكَانَ إِعْتَاقُهُ مِنْ غَيْرِ تَوْرِيثٍ أَوَّلَى . وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْقَاضِي ، أَنَّهُ يَعْتِقُ وَيَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ خُرُجُ حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ ، لَيْسَ بِقَاتِلٍ ، وَلَا مُخَالِفٍ لِدِينِهِ ، فَوَرِثَ (٥٨) ، كَمَا لَوْ وَرِثَهُ . وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، عَتَقَ / مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ . وَلَا يَرِثُ ، عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَنْبَغِي أَنْ يَرِثَ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، عَلَى مَا ذَكَرَ (٥٩) فِي الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ .

فصل : وَمَا لَزِمَ الْمَرِيضَ فِي مَرَضِهِ مِنْ حَقٍّ لَا يُمَكِّنُهُ دَفْعُهُ وَإِسْتِقَاطُهُ ، كَأَرْشِ الْجَنَائِةِ ، وَجَنَائَةِ عَبْدِهِ ، وَمَا عَاوَضَ عَلَيْهِ بِثَمَنِ الْبَيْتِلِ ، وَمَا يَتَقَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَهَذَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ التَّكَاحُ بِمَهْرِ الْبَيْتِلِ جَائِزٌ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَفٌ لِمَالِهِ فِي حَاجَةِ نَفْسِهِ ، فَيَقْدَمُ بِذَلِكَ

(٥٦) فِي م : ١ ق٢١ .

(٥٧) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(٥٨) فِي م : ١ وَرِثَ .

(٥٩) فِي م : ١ يَذْكُرُ .

على واريته . وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها ، كَبِيرَةَ الثمن ، بِمَنْ مِثْلها ، أو اشترى من الأَطْعِمَةِ التي لا يَأْكُلُ مثله مِثْلها^(٦٠) جاز ، وصَحَّ شِرَاؤُهُ له^(٦١) ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَ لِمَالِهِ^(٦٢) فِي حَاجَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، أَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، قُدِّمَ بِذَلِكَ عَلَى وَارِيته ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٦٣) .

فصل : فَأَمَّا إِنْ قَضَى الْمَرِيضُ بَعْضَ غَرَمَائِهِ ، وَوَفَّتْ تَرَكَتُهُ بِسَائِرِ الدُّيُونِ ، صَحَّ قَضَاؤُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لِسَائِرِ الْغَرَمَاءِ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لِسَائِرِ الْغَرَمَاءِ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ ، وَمُشَارَكَتَهُ فِيمَا أَخَذَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أُمِّ حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِمَالِهِ^(٦٤) بِمَرَضِهِ ، فَمَنْعَتْ تَصَرُّفَهُ فِيهِ بِمَا يَنْقُصُ دُيُونَهُمْ ، كَتَبَرُّعِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ وَصَّى بِقَضَاءِ بَعْضِ دُيُونِهِ لَمْ يَجُزْ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَضَاهَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ الْإِعْتِرَاضَ عَلَيْهِ ، وَلَا مُشَارَكَتَهُ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَحَدٍ ، وَمَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى وَاجِبًا عَلَيْهِ ، فَصَحَّ ، كَالْوِاشْتَرَى شَيْئًا فَأَدَّى ثَمَنَهُ ، أَوْ بَاعَ بَعْضَ مَالِهِ وَسَلَّمَهُ ، وَيُقَارِقُ الْوَصِيَّةَ ، فَإِنَّهُ لَوْ اشْتَرَى ثِيَابًا مُثْمَنَةً صَحَّ ، وَلَوْ وَصَّى بِتَكْفِينِهِ فِي ثِيَابٍ مُثْمَنَةٍ لَمْ يَصِحَّ ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ إِبْقَاءَ ثَمَنِ الْمَبِيعِ قَضَاءٌ لِبَعْضِ غَرَمَائِهِ ، وَقَدْ صَحَّ عَقِيبَ الْبَيْعِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا تَرَخَى ، إِذَا لَا أَثَرَ لِقَرَابَتِهِ .

ظ ٣٧/٦

فصل : وَإِذَا تَبَرَّعَ الْمَرِيضُ ، أَوْ أَعْتَقَ ، ثُمَّ أَقْرَبَ يَدَيْنِ ، لَمْ يَبْطُلْ تَبَرُّعُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ ، ثُمَّ أَقْرَبَ يَدَيْنِ . عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَلَمْ يَرْدْ إِلَى الرُّقِّ . وَهَذَا لِأَنَّ الْحَقَّ نَبَتْ^(٦٥) بِالتَّبَرُّعِ فِي الظَّاهِرِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِيمَا يَبْطُلُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ .

(٦٠) في م : ١٠ منها .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) في م : ١٠ لفظه .

(٦٣) سورة النساء ١١ .

(٦٤) في م : ١٠ ثبت .

فصل: ويُعتَبَرُ في المَرِيضِ الذي هذه أَحْكَامُهُ شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُما ، أَنْ يَتَّصِلَ بِمَرَضِهِ المَوْتُ ، وَلَوْ صَحَّ مِنْ (٦٥) مَرَضِهِ الذي أُعْطِيَ فِيهِ ، ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُ عَطِيَّتِهِ حُكْمُ عَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَرَضٍ المَوْتُ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مَخُوفًا ، وَالْأَمْرَاضُ (٦٦) أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ غَيْرُ مَخُوفٍ ، مِثْلُ وَجَعِ العَيْنِ ، وَالضَّرْسِ ، وَالصُّدَاعِ اليَسِيرِ ، وَحُمَّى سَاعَةٍ ، فَهَذَا حُكْمُ صَاحِبِهِ حُكْمُ الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخَافُ مِنْهُ فِي الْعَادَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْأَمْرَاضُ الْمُتَمَتِّدَةُ ؛ كَالْجَذَامِ ، وَحُمَّى الرَّبْعِ (٦٧) ، وَالْقَالِجِ (٦٨) فِي انْتِهَائِهِ ، وَالسَّلُّ فِي ابْتِدَائِهِ ، وَالْحُمَّى الْغَيْبِ (٦٩) ، فَهَذَا الضَّرْبُ إِنْ أَضْنَى صَاحِبَهُ عَلَى قَرَّاشِهِ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ قَرَّاشٍ ، بَلْ كَانَ يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ، فَقَطَايَاهُ مِنْ جَرِيعِ الْمَالِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا تَحْقِيقُ الْمَذْهَبِ فِيهِ . وَقَدْ رَوَى حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وَصِيَّةِ الْمَجْنُونِ وَالْمَقْلُوجِ : مِنْ الثَّلَاثِ . وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُمَا صَارَا صَاحِبِي قَرَّاشٍ . وَبِهِ يَقُولُ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالْقَوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا (٧٠) فِي صَاحِبِ الْأَمْرَاضِ الْمُتَمَتِّدَةِ ، أَنَّ عَطِيَّتَهُ مِنْ صُلْبِ الْمَالِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخَافُ تَعَجِيلُ (٧١) المَوْتِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَرَأَّى فَهُوَ كَالْهَرَمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَرِيضٌ صَاحِبُ قَرَّاشٍ يَخْشَى التَّلَفَ ، فَأَشْبَهَ صَاحِبَ الحُمَّى الدَّائِمَةِ ، وَأَمَّا الْهَرَمُ فَإِنْ صَارَ صَاحِبُ قَرَّاشٍ ، فَهُوَ كَمَسَائِلِنَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، مَنْ تَحَقَّقَ تَعَجِيلُ مَوْتِهِ ، فَيَنْتَظِرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ ، مِثْلُ مَنْ ذُبِیحَ ، أَوْ أُبَيِّنَتْ حَشَوَّتُهُ ، فَهَذَا لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِ وَلَا لِعَطِيَّتِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى لَهُ عَقْلٌ ثَابِتٌ ، وَإِنْ كَانَ ثَابِتَ الْعَقْلِ ، كَمَنْ خُرِفَتْ حَشَوَّتُهُ ،

و ٣٨/٦

(٦٥) ق م : ٥ ق ٤ .

(٦٦) ق م زيادة : ٥ على ٤ .

(٦٧) حتى الرابع : هي التي تعرض للمريض يوما وتدعه يومين ثم تعود إليه في اليوم الرابع .

(٦٨) القالنج : شلل يصيب أحد شقي الجسم طويلا .

(٦٩) حمى الغيب : التي تنوب يوما بعد يوم .

(٧٠) ق ١ ، م ، ٥ : وجهان ٤ .

(٧١) في الأصل : تعجيل ٤ .

أَوْ اشْتَدَّ مَرَضُهُ وَلَمْ يَتَغَيَّرْ عَقْلُهُ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ وَتَبَرُّعُهُ ، وَكَانَ تَبَرُّعُهُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنَّ
عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَرَجَتْ حَشَوَتُهُ ، فَقِيلَتْ وَصِيَّتُهُ ، وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي ذَلِكَ . وَعَلَى ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بَعْدَ ضَرْبِ ابْنِ مُلْجِمٍ لَهُ ^(٧٣) أَوْصَى وَأَمَرَ وَنَهَى ، فَلَمْ يُحَكِّمْ بِطُلَانٍ
قَوْلُهُ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، مَرَضٌ مَخُوفٌ ، لَا يُتَعَجَّلُ مَوْتُ صَاحِبِهِ يَقِينًا ، لَكِنَّهُ يَخَافُ
ذَلِكَ ، كَالْبِرْسَامِ ، وَهُوَ بَحَارٌ يَرْقَى ^(٧٣) إِلَى الرَّأْسِ ، وَيُؤَثِّرُ فِي الدِّمَاغِ ، فَيَحْتَثِلُ
العَقْلُ ^(٧٤) ، وَالْحُمَّى الصَّالِبُ ^(٧٥) ، وَالرُّعَافُ الدَّائِمُ ؛ لِأَنَّهُ يُصَفَّى الدَّمُ ، فَيَذْهَبُ
القُوَّةُ ، وَذَاتُ الْجَنْبِ ، وَهُوَ قَرَحٌ يَبَاطِنُ الْجَنْبِ ، وَوَجَعَ الْقَلْبُ وَالرِّئَةُ ؛ فَإِنَّهَا لَا
تَسْكُنُ حَرَكَتُهَا ، فَلَا يَنْدِمِلُ جُرْحُهَا ، وَالْقَوْلُجُ ، وَهُوَ أَنْ يَتَعَقَّدَ الطَّعَامُ فِي بَعْضِ
الْأَمْعَاءِ ، وَلَا يَنْزِلُ عَنْهُ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا مَخُوفَةٌ ، سِوَاءِ كَانَ مَعَهَا حُمَّى أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَهِيَ
مَعَ الْحُمَّى أَشَدُّ خَوْفًا . فَإِنْ تَأَوَّرَ الدَّمُ ، وَاجْتَمَعَ فِي بَعْضِهِ ، كَانَ مَخُوفًا ؛ لِأَنَّهُ مِنَ
الْحَرَارَةِ الْمُفْرِطَةِ . وَإِنْ هَاجَتْ بِهِ الصَّفَرَاءُ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ؛ لِأَنَّهَا تُورِثُ يَبُوسَةً ،
وَكَذَلِكَ الْبَلْعُ إِذَا هَاجَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْبُرُودَةِ ، وَقَدْ تَغَلَّبَ عَلَى الْحَرَارَةِ الْقَرِيضِيَّةِ
فَتَقَطَّعَتْهَا . وَالطَّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ شِدَّةِ الْحَرَارَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَكُونُ فِي جَمِيعِ الْبَدَنِ .
وَأَمَّا الإِسْهَالُ ، فَإِنْ كَانَ مُنْخَرِقًا لَا يُمْكِنُ مِنْعُهُ وَلَا إِمْسَاكُهُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِنْ كَانَ
سَاعَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذَلِكَ أَسْرَعَ فِي هَلَاكِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْخَرِقًا ، لَكِنَّهُ يَكُونُ تَارَةً
وَيَنْقَطِعُ أُخْرَى ، فَإِنْ كَانَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنْ
فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ زَحِيرٍ وَتَقْطِيعٍ كَأَنَّ ^(٧٦) يَخْرُجُ مُتَقَطِّعًا ، فَإِنَّهُ يَكُونُ
مَخُوفًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُضْعِفُ . وَإِنْ دَامَ الإِسْهَالُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، سِوَاءِ كَانَ مَعَ زَحِيرٍ
أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَمَا أَشْكَلَ أَمْرُهُ مِنَ الْأَمْرَاضِ ، رُجِعَ فِيهِ إِلَى قَوْلِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ ، وَهُمْ الْأَطِبَّاءُ

(٧٢) سقط من : م .

(٧٣) في ١ : يرتقى .

(٧٤) في زيادة : به .

(٧٥) الحمى الصالب : الشديدة الحرارة .

(٧٦) في الأصل : كأنه .

لأنهم^(٧٧) أهل الخبرة بذلك / والتجربة والمعرفة ، ولا يُقبل إلا قول طبيّين مسلمين ٣٨/٦ ط
يُفتنّ بالعين ؛ لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث وأهل العطايا ، فلم يُقبل فيه إلا ذلك .
وقياس قول الخِرقيّ ، أنّه يُقبل قول الطّبيب العدل ، إذا لم يُقدّر على طبيّين ، كما
ذَكَرَ^(٧٨) في باب الدّعاوى . فهذا الضّرْب وما أشبهه ، عطائاه صحيحة ؛ لما ذكرناه
من قصّة عمر ، رَضِيَ الله عنه ، فإنّه لما جرح سقاء الطّبيب لَبَنًا ، فخرج من جرحه ،
فقال له الطّبيب : اعهد إلى الناس . فعهد إليهم ووَصَّى ، فأتقَى الصحابة على قبول عهده
وَوَصِيَّته . وأبو بكر لما اشتدّ مَرَضُهُ ، عَهِدَ إلى عمر ، فنَقَدَ عَهْدَهُ .

٩٧١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ إِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ)

يعنى عطيّتها من الثّلث . وهذا قول مالك . وقال إسحاق : إذا أثقلت لا يجوز
لها إلا الثّلث . ولم يحدّ . وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيّد بن المسيّب ،
وعطاء ، وقتادة : عطية الحامل من الثّلث . وقال أبو الخطاب : عطية الحامل من رأس
المال ، ما لم يضرّنها المخاض ، فإذا ضرّبتها المخاض ، فعطيّتها من الثّلث . وهذا
قال النخعيّ ، ومكحول ، ويحيى الأنصاريّ ، والأوزاعيّ ، والثوريّ ، والعنبريّ ،
وابن المنذر . هو ظاهر مذهب الشافعيّ ؛ لأنّها قبل ضَرْبِ المخاض لا تخاف
الموت^(١) ، ولأنّها إنّما تخاف الموت إذا ضرّبتها الطلق ، فأشبهت صاحب
الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب قرأش . وقال الحسن ، والزّهريّ : عطيتها
كعطية الصّحيح . وهو القول الثاني للشافعيّ ؛ لأنّ الغالب سلامتها . ووجه قول
الخِرقيّ أنّ سِتَّةَ الأشهر وقت يُمكن الولادة فيه ، وهى من أسباب التّلف .

(٧٧) سقط من : م .

(٧٨) ق م : ذكرناه .

(١) سقط من : الأصل .

والصحيح، إن شاء الله، أنها إذا ضرب بها الطلق، كان مخوفاً؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلث، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة. وأما قبل ذلك، فلا ألم بها، واحتمال وجوده بخلاف العادة، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد / مع عدمه، كالصحيح، فأما بعد الولادة، فإن بقيت المشيمة معها، فهو مخوف، وإن مات الولد معها، فهو مخوف؛ لأنه يصعب خروجه، وإن وضعت الولد، وخرجت المشيمة، وحصل ثم ورم أو ضربان شديد، فهو مخوف، وإن لم يكن شيء من ذلك، فقد روى عن أحمد في النفساء: إن كانت ترى الدم، فعطيتها من الثلث. ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزوم له لذلك في الغالب. ويحتمل أن يحتمل على ظاهره، فإنها إذا كانت ترى الدم، كانت كالمريض، وحكمها بعد السقيط كحكمها بعد وضع الولد التام. وإن أسقطت مضغة أو علقة، فلا حكم له، إلا أن يكون ثم مرض أو ألم. وهذا كله مذهب الشافعي، إلا أن مجرّد الدم عنده ليس بمخوف.

فصل: ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه، في مواضع خمسة، تقوم مقام المرض؛ أحدها، إذا التحم الحرب، واختلطت الطائفتان للقتال، وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة. فأما القاهرة منهما بعد ظهورها، فليست خائفة. وكذلك إذا لم يختلطوا، بل كانت كل واحدة منهما متميزة، سواء كان بينهما رمي بالسهم أو لم يكن فليست حالة خوف. ولا فرق بين تكون الطائفتين متفقتين في الدين أو متفترقتين. وبه قال مالك، والأوزاعي، والثوري. ونحوه عن مكحول. وعن الشافعي قولان؛ أحدهما، كقول الجماعة. والثاني، ليس بمخوف؛ لأنه ليس بمرض. ولنا، أن توقع التلث ههنا كتوقع المرض^(١) أو أكثر، فوجب أن يلحق به، ولأن المرض إنما يجعل مخوفاً لخوف صاحبه التلث، وهذا كذلك. قال أحمد:

(٢) في الأصل، ١: المرض.

إِذَا حَضَرَ الْقِتَالُ ، كَانَ عَثَقُهُ مِنَ الثُّلُثِ . وعنه : إِذَا انْصَحَمَ الْحَرْبُ ، فَوَصِيَّتُهُ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً ، وَتُسَمَّى الْعَطِيَّةُ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ ، وَلَكُونِهَا عِنْدَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى حَقِيقَتِهِ فِي وَصِيَّةِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ . لَكِنْ يَقِفُ الرَّائِدُ عَلَى الثُّلُثِ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّاحِبِ وَخَائِفِ الثَّلَفِ وَاحِدٌ . الثَّانِيَةِ ، إِذَا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فَهِيَ حَالَةٌ خَوْفٍ ، سِوَاءٍ أُرِيدَ قَتْلُهُ لِلْقَصَاصِ ، أَوْ لِغَيْرِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ مَخُوفٌ . وَالثَّانِي ، إِنْ جَرِحَ فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ صَحِيحُ الْبَدَنِ ، وَالظَّاهِرُ الْعَفْوُ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّهْدِيدَ بِالْقَتْلِ جَعَلَ لَكُمْ أَهًا يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ ، وَصِحَّةَ الْبَيْعِ ، وَيُبِيحُ كَثِيرًا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَلَوْلَا الْخَوْفُ لَمْ تُثَبِّتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ ، وَإِذَا حُكِمَ لِلْمَرِيضِ وَحَاضِرِ الْحَرْبِ بِالْخَوْفِ مَعَ ظُهُورِ السَّلَامَةِ ، وَبَعْدَ وُجُودِ الثَّلَفِ ، فَمَعَ ظُهُورِ الثَّلَفِ وَقُرْبِهِ أُولَى ، وَلَا عِيرَةَ بِصِحَّةِ الْبَدَنِ فَإِنَّ الْمَرَضَ لَمْ يَكُنْ مُثَبِّتًا لِهَذَا الْحُكْمِ لِعَيْنِهِ ، بَلْ لَخَوْفٍ إِفْضَائِهِ إِلَى الثَّلَفِ ، فَيُثَبِّتُ ^(٣) الْحُكْمُ هُنَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لِظُهُورِ الثَّلَفِ . الثَّالِثَةِ ، إِذَا رَكِبَ الْبَحْرَ ، فَإِنْ كَانَ سَاكِتًا فَلَيْسَ بِمَخُوفٍ ، وَإِنْ تَمَوَّجَ وَاضْطَرَبَ وَهَبَتِ الرِّيحُ الْعَاصِفُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَصَفَهُمْ بِشِدَّةِ الْخَوْفِ ، بِقَوْلِهِ سَبَّحَانَهُ : ﴿ هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرَّتْ بِكُمْ بِرِيحٌ طَوِيلَةٌ وَفَرَحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الَّذِينَ لَئِنْ أُنْجَيْنَا مِنْ هَٰذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ ^(٤) .

الرَّابِعَةِ ، الْأَسِيرُ وَالْمَخْبُوسُ ، إِذَا كَانَ مِنْ عَادَتِهِ الْقَتْلُ ، فَهُوَ خَائِفٌ ، عَطِيَّتُهُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْحَسَنُ لَمَّا حَبَسَ الْحَجَّاجُ إِيَّاسَ بْنَ مُعَاوِيَةَ : لَيْسَ لَهُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا

(٣) في ١ ، م : وَضَعْتُ هـ .

(٤) سورة يونس ٢٢ .

الثُّلُثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيَّةُ الْأَسِيرِ مِنَ الثُّلُثِ . ولم يُفَرَّقْ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ،
والثَّوْرِيُّ ، وإِسْحَاقُ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَثَأَوَّلَ الْقَاضِي مَارُويَ عَنْ أَحْمَدَ
فِي هَذَا عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ التَّفْصِيلِ ابْتِدَاءً . وقال الشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ : الْغَازِي / عَطِيَّةُ
مِنَ الثُّلُثِ . وقال مَسْرُوقٌ : إِذَا وَضَعَ رَجُلُهُ فِي الْغَرَزِ . وقال الْأَوْزَاعِيُّ : الْمَخْصُورُ
فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ الْقَتْلَ أَوْ تُفَقَّأَ عَيْنَاهُ^(٥) ، هُوَ فِي ثُلُثِهِ . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ
شَاءَ اللَّهُ ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ الْحَبْسِ وَالْأَمْرِ مِنْ غَيْرِ خَوْفِ الْقَتْلِ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٦) ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَرَضِ فِي الْخَوْفِ ، فَلَمْ يَجُزْ إلْحَاقُهُ بِهِ ، وَإِذَا كَانَ
الْمَرِيضُ الَّذِي لَا يَخَافُ الثَّلْثَ عَطِيَّةً مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى . الْخَامِسَةُ ، إِذَا وَقَعَ
الطَّاعُونَ بِلَدِّهِ ، فَمَنْ أَحْمَدُ أَنَّهُ مَخُوفٌ^(٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَخُوفٍ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ
بِمَرَضٍ^(٨) ، وَإِنَّمَا يُخَافُ^(٩) الْمَرَضُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ خُرُوجُ الْعَطِيَّةِ مِنَ الثُّلُثِ حَالَ الْمَوْتِ ، فَمَهْمَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ثَبَيْنَا
أَنَّ الْعَطِيَّةَ صَحَّتْ فِيهِ حَالَ الْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ نَمَّا الْمُعْطَى ، أَوْ كَسَبَ شَيْئًا ، قَسَمَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ
وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، عَلَى قَدْرِ مَالِهِمَا فِيهِ ، فَرُبَّمَا أَقْضَى إِلَى الدَّوْرِ . فَمِنْ ذَلِكَ إِذَا عَتَقَ عَبْدًا
لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، فَكَسَبَ مِثْلَ قِيَمَتِهِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ ، فَلِلْعَبْدِ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ ،
وَبَاقِيهِ لِسَيِّدِهِ ، فَيَزَادُ بِهِ مَالُ السَّيِّدِ ، وَتَزَادُ الْحُرِّيَّةُ لِذَلِكَ ، وَيَزَادُ حَقُّهُ مِنْ كَسْبِهِ ،
فَيَنْقُصُ بِهِ حَقُّ السَّيِّدِ مِنَ الْكَسْبِ ، وَيَنْقُصُ بِذَلِكَ قَدْرُ الْمُعْتَقِ مِنْهُ ، فَيُسْتَخْرَجُ ذَلِكَ
بِالْجَبْرِ ، فَيُقَالُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَهُ مِثْلَهُ ، وَلِلْوَرِثَةِ
مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ شَيْئَانِ ، لِأَنَّ لَهُمْ مِثْلَى مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَا يُحْسَبُ
عَلَى الْعَبْدِ مَا حَصَلَ لَهُ مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ بِجُرْئِهِ الْحُرَّ لَا مِنْ جِهَةِ سَيِّدِهِ ، فَصَارَ

(٥) فِي الْأَصْلِ : عَيْنُهُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : مَرِيضٌ .

(٧) فِي م : يَخُوفٌ .

(٨) فِي م : يَخَالِفُ .

لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرَّةِ شَيْئَانِ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ نِصْفَيْنِ ، يَعْتِقُ
 مِنْهُ نِصْفَهُ ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرَّةِ نِصْفُهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ مِثْلَى قِيمَتِهِ ، فَلَهُ مِنْ
 كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، صَارَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، وَلَهُمُ شَيْئَانِ ، فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ أَخْمَاسًا ، يَعْتِقُ
 مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ ، / وَلِلْوَرَّةِ خُمْسَاهُ وَخُمْسَا كَسْبِهِ . وَإِنْ
 كَسَبَ ثَلَاثَةَ أَمْثَالِ قِيمَتِهِ ، فَلَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ مِنْ كَسْبِهِ مَعَ مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَلَهُمُ شَيْئَانِ ، فَيَعْتِقُ مِنْهُ
 ثُلُثَاهُ ، وَلَهُ ثُلُثَا كَسْبِهِ ، وَلَهُمُ الثُّلُثُ مِنْهُمَا . وَإِنْ كَسَبَ نِصْفَ قِيمَتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ
 نِصْفُ شَيْءٍ ، وَلَهُمُ شَيْئَانِ ، فَالْجَمِيعُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ وَنِصْفُ ، إِذَا بَسَطْتُهَا أَنْصَافًا صَارَتْ
 سَبْعَةً ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ، فَيَعْتِقُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ كَسْبِهِ ، وَالْبَاقِي لَهُمْ .
 وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ مَائَةً ، فَكَسَبَ تِسْعَةً ، فَاجْعَلْ لَهُ مِنْ كُلِّ دِينَارٍ شَيْئًا ، فَقُلْ : عَتَقَ مِنْهُ
 مَائَةُ شَيْءٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ تِسْعَةُ أَشْيَاءَ ، وَلَهُمُ مَائَةُ شَيْءٍ . فَيَعْتِقُ مِنْهُ مَائَةُ ^(٩) جُزْءٍ وَتِسْعَةُ
 أَجْزَاءٍ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ وَتِسْعَةٍ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَلَهُمُ مَائَةُ جُزْءٍ مِنْ نَفْسِهِ وَمِائَتَانِ
 مِنْ كَسْبِهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ قِيمَتَهُ وَقِيمَةَ كَسْبِهِ ، صَرَفَ فِي الدَّيْنِ ،
 وَلَمْ يَعْتِقْ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى التَّبَرُّعِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقْ قِيمَتَهُ وَقِيمَةَ كَسْبِهِ ،
 صَرَفَ مِنَ الْعَبْدِ وَكَسْبِهِ مَا يَقْضِي ^(١٠) بِهِ الدَّيْنَ ، وَمَا بَقِيَ مِنْهُمَا يَقْسَمُ عَلَى مَا يُعْمَلُ فِي
 الْعَبْدِ الْكَامِلِ وَكَسْبِهِ . فَلَوْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ كَقِيمَتِهِ ^(١١) ، صَرَفَ فِيهِ نِصْفُ
 الْعَبْدِ ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَقَسِمَ ^(١٢) الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَّةِ وَالْعَتِيقِ نِصْفَيْنِ . وَكَذَلِكَ بَقِيَّةُ
 الْكَسْبِ ، وَإِنْ كَسَبَ الْعَبْدُ مِثْلَ قِيمَتِهِ ، وَلِلْسَّيِّدِ مَالٌ مِثْلُ قِيمَتِهِ ، قَسَمَتِ الْعَبْدَ وَمِثْلَى
 قِيمَتِهِ عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ، فَلِكُلِّ شَيْءٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَيَعْتِقُ مِنَ الْعَبْدِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ ،
 وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيمَتَهُ عِشْرُونَ ، ثُمَّ أَعْتَقَ عَبْدًا قِيمَتَهُ عَشْرَةً ،

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ١ ، م : « يقتضى » .

(١١) في ١ : « كقيمة العبد » .

(١٢) في ١ ، م زيادة : « النصف » .

فَكَسَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، لَكَمَلَتِ الْحُرِّيَّةُ فِي الْعَبْدِ الْأَوَّلِ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ .
وله من كَسَبِهِ شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، وَيُقَسَّمُ الْعَبْدَانِ وَكَسْبُهُمَا عَلَى الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ ،
فَيَكُونُ لِكُلِّ شَيْءٍ خُمُسَةٌ عَشَرَ ، فَيَعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ
أَرْبَاعٍ كَسَبِهِ ، وَالباقى لهم . وَإِنْ بَدَأَ يَعْتَقِ الْأَدْنَى عَتَقَ كُلَّهُ ، وَأَخَذَ كَسَبَهُ ، وَيَسْتَحِقُّ
الْوَرَثَةُ مِنَ الْعَبْدِ / الْآخَرِ وَكَسَبِهِ مِثْلَى الْعَبْدِ الَّذِي عَتَقَ ، وَهُوَ يَنْصِفُهُ وَيَنْصَفُ كَسَبَهُ ،
وَيَبْقَى نِصْفُهُ وَيَنْصَفُ كَسَبَهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَيَعْتَقُ رُبْعَهُ ، وَلَهُ رُبْعُ كَسَبِهِ ، وَيَرْقُ ثَلَاثَةُ
أَرْبَاعِهِ ، وَيَتَبَعُهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ كَسَبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا^(١٣) مَا أَعْتَقَ^(١٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ أَعْتَقَ
الْعَبْدَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَرَعَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الْحُرِّيَّةِ ، فَحَكَمَهُ كَمَا لَوْ بَدَأَ
بِاعْتَاقِهِ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبَدٍ ، قِيَمَتُهُمْ سَوَاءٌ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَةِ أَحَدِهِمْ ،
وَكَسَبَ أَحَدُهُمْ مِثْلَ قِيَمَتِهِ ، أَفْرَعْنَا بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الدَّيْنِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ
الْمُكْتَسَبِ^(١٥) يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ ، ثُمَّ أَفْرَعْنَا بَيْنَ الْمُكْتَسَبِ وَالْآخَرِ ، لِأَجْلِ الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ
وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ الْمُكْتَسَبِ^(١٥) عَتَقَ كُلَّهُ ، وَالْمُكْتَسَبُ وَمَالُهُ لِلْوَرَثَةِ ، وَإِنْ وَقَعَتْ قُرْعَةُ
الْحُرِّيَّةِ عَلَى الْمُكْتَسَبِ ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ كَسَبِهِ ، وَبَاقِيهِ وَبَاقِي
كَسَبِهِ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ لِلْوَرَثَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ لِلسَّيِّدِ مَالٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَلَوْ وَقَعَتْ
قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِدَاءً عَلَى الْمُكْتَسَبِ ، لَقَضَيْنَا الدَّيْنَ بِنِصْفِهِ وَنِصْفِ كَسَبِهِ ، ثُمَّ أَفْرَعْنَا بَيْنَ
بَاقِيهِ وَبَيْنَ الْعَبْدَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ ، فَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِهِ عَتَقَ كُلَّهُ ، وَلِلْوَرَثَةِ مَا
بَقِيَ ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُكْتَسَبِ ، عَتَقَ بَاقِيَهُ ، وَأَخَذَ بَاقِي كَسَبِهِ ، ثُمَّ نَقَرَعُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ
لِإِثْمَامِ الثُّلُثِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ ، وَبَقِيَ ثُلَاثَاهُ ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ

(١٣) ق م : مثل .

(١٤) ق م : أعْتَقَ .

(١٥) - (١٥) سقط من : م .

لِلْوَرَّةِ . ولو كان العبد مؤهوباً لإتسان ، كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه ، في هذه المسائل كلها .

فصل : وإن أعتق عتق عتق متساويي^(١٦) القيمة ، بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرها ، فمات أحدُهما ، أقرع بين الحي والميت ، فإن وقعت على الميت فالحي رقيق ، وتبين أن الميت نصفه حر ؛ لأن مع الورثة مثلثي نصفه ، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه ، ولا يحسب الميت على الورثة ؛ لأنه لم يصل إليهم .

فصل : رجل أعتق عبداً ، لا مال له سواه ، قيمته عشرة ، فمات / قبل سيده ، ٤١/٦ ط وخلف عشرين ، فهي لسيده بالولاء ، وتبين أنه مات حراً ، وكذلك إن خلف أربعين وبتنا . وإن خلف عشرة ، عتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ، ولسيده شيان ، وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين ، فتبين أن نصفه حر ، وباقي^(١٧) رقيق ، والعشرة يستحقها السيد ، نصفها بحكم الرق ، ونصفها بالولاء . فإن خلف العبد ابناً ، فله من رقبته شيء ، ومن كسبه شيء ، يكون لأبيه بالوفاة ، ولسيده شيان ، فتقسم العشرة على ثلاثة ، لابن ثلثها ، وللسيد ثلثاها ، وتبين أنه عتق من العبد ثلثه . وإن خلف بنتاً ، فلها نصف شيء ، وللسيد شيان ، فصارت العشرة على خمسة ، للبنت خمسة ، وللسيد أربعة أخماسها ، تعدل شيئين ، فتبين أن خمس العبد مات حراً . وإن خلف العبد عشرين وابتناً ، فله من كسبه شيان ، يكونان لابنه ، ولسيده شيان ، فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين ، وتبين أنه عتق منه نصفه . فإن مات الابن قبل موت السيد ، وكان ابن معتقه ، ورثه السيد ؛ لأن ابناً تبيّن أن أباه مات حراً ، ليكون السيد ملك عشرين ، وهي مثلاً قيمته ، فعتق ، وجرولاً ابنه إلى سيده ، فورثه . وإن لم يكن ابن معتقه ، لم يتجر ولاؤه ، ولم يرثه سيده . وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ، ولم يخلف أبوه شيئاً ، أو ملك السيد عشرين من أي جهة

(١٦) في ١٥ متساوي .

(١٧) في م : ٥ ونصفه .

كانت . وإن لم يَمْلِكْ عَشْرِينَ ، لم يَنْجَرْ وَلَا الْإِبْنَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَبَاهُ لَمْ يَعْتِقْ ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْضُهُ ، جَرَّ مِنْ وَلَائِهِ بِقَدْرِهِ ، فَلَوْ خَلَّفَ الْإِبْنُ عَشْرَةَ ، وَمَلَكَ السَّيِّدُ خَمْسَةَ ، فَإِنَّكَ تَقُولُ : عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ شَيْءً ، وَيَجْرُ مِنْ وَلَائِهِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَيَحْصُلُ ^(١٨) لَهُ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْءٌ مَعَ خَمْسَتِهِ ، وَهَذَا يَغْدُلَانِ شَيْئَيْنِ ، وَبَاقِي الْعَشْرَةِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَمَوْلَى الْأُمِّ نِصْفَيْنِ ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ قَدْ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ نِصْفَهُ ، وَحَصَلَ لِلْسَّيِّدِ خَمْسُهُ مِنْ مِيرَاثِ ابْنِهِ ، وَكَانَتْ لَهُ خَمْسَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ / قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ ، وَخَلَّفَ مَالًا ، وَحَكَمْنَا بِعَتَقِ الْأَبِ أَوْ عَتَقِ بَعْضِهِ ، وَرِثَ مَالُ ابْنِهِ ^(١٩) إِنْ كَانَ حُرًّا ، أَوْ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ إِنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا ، وَلَمْ يَرِثْ سَيِّدُهُ مِنْهُ شَيْئًا . وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ خِلَافٌ تَرَكْتُ ذِكْرَهُ كَرَاهَةَ التَّطْوِيلِ .

و ٤٢/٦

فصل : في المُحَابَاةِ فِي الْمَرَضِ ، وَهِيَ أَنْ يُعَاوِضَ بِمَالِهِ ، وَيَسْمَحَ لِمَنْ عَاوَضَهُ بِبَعْضِ عَوَاضِهِ ، وَهِيَ عَلَى أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، فِي قَوْلِ الْمُجْمُهِورِ . وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ : الْعَقْدُ بَاطِلٌ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٢٠) . وَلَأنَّهُ تَصَرَّفَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَصَحَّ ، كَعَمْرِ الْمَرِيضِ . فَلَوْ بَاعَ فِي مَرَضِهِ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتَهُ ثَلَاثُونَ بِعَشْرَةَ ، فَقَدْ حَاتَى الْمُشْتَرِيَ بِثُلُثِي مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْمُحَابَاةُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ ذَلِكَ لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِيَ فَنَسَخَ الْبَيْعَ فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَتْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمضاءَ الْبَيْعِ ، فَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَ الْمَبِيعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، وَيُنْسخُ الْبَيْعَ فِي الْبَاقِي . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ يَأْخُذُ ثُلْثِي الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْقَاضِي فِي نَحْوِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛

(١٨) في ١ : ١٠٠ ويعمل ١ .

(١٩) في الأصل : ١٠ أبيه ٤ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

لأنه يَسْتَحَقُّ الثُلُثَ بِالمُحَابَاةِ ، وَالثُلُثَ الْآخَرَ بِالثَّمَنِ . وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ : يُقَالُ لَهُ :
 إِنْ شِئْتَ أَذَيْتَ عَشْرَةَ أُخْرَى وَأَخَذْتَ الْمَبِيعَ ، وَإِنْ شِئْتَ فَسَخَتْ وَلَا شَيْءَ لَكَ . وَعِنْدَ
 مَالِكٍ : لَهُ أَنْ يَفْسَخَ ، وَيَأْخُذَ ثُلُثَ الْمَبِيعِ بِالمُحَابَاةِ ، وَيُسَمِّيهِ أَصْحَابَهُ خُلْعَ الثُّلُثِ .
 وَلَنَا ، أَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ مُقَابَلَةً بَعْضُ الْمَبِيعِ يَقْسِطُهُ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ تَعَدُّرِ أَخْذِ جَمِيعِهِ
 بِجَمِيعِهِ ، فَصَحَّ ذَلِكَ ، كَالْوِاسْتِثْنَاءِ سِلْعَتَيْنِ بِثَمَنِ ، فَأَنْفَسَخَ الْبَيْعُ فِي إِحْدَاهُمَا لِعَيْبٍ
 أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ كَالْوِاسْتِثْنَاءِ شِقْصًا وَسَقَا ، فَأَخَذَ الشَّقِيعُ الشَّقْصَ ، أَوْ كَالشُّفْعَاءِ يَأْخُذُ
 كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ جُزْءًا مِنَ الْمَبِيعِ يَقْسِطُهُ ، أَوْ كَالْوِاسْتِثْنَاءِ ثَلَاثَيْنِ ، يَقْفِيزُ
 قِيمَتَهُ عَشْرَةً / . وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَارَهُ الْقَاضِي فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ لَهُ الْمَبِيعَ
 بِثَمَنِ ، فَيَأْخُذُ بَعْضَهُ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَالْوِاسْتِثْنَاءِ ، فَقَالَ :
 قَبِلْتُ بِنَصْفِهِ . وَلَئِنْ إِذَا فُسِّخَ الْبَيْعُ فِي بَعْضِهِ ، وَجَبَ أَنْ يَفْسَخَهُ فِي قَدْرِهِ مِنْ ثَمَنِهِ ،
 وَلَا يَجُوزُ فُسْخُ الْبَيْعِ فِيهِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ ، كَالْوِاسْتِثْنَاءِ فُسْخُ الْبَيْعِ فِي الْجَمِيعِ مَعَ بَقَاءِ ثَمَنِهِ .
 وَأَمَّا قَوْلُ^(٢١) أَهْلِ الْعِرَاقِ ، فَإِنَّ فِيهِ إِجْبَارَ الْوَرَثَةِ عَلَى الْمُعَاوَضَةِ عَلَى غَيْرِ^(٢٢) الْوَجْهِ
 الَّذِي عَاوَضَ مَوْرُثُهُمْ^(٢٣) ، وَإِذَا فُسِّخَ الْبَيْعُ ، لَمْ يَسْتَحَقِّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا
 حَصَلَتْ فِي ضَمَنِ الْبَيْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ زَالَتِ الْوَصِيَّةُ ، كَالْوِاسْتِثْنَاءِ لِرَجُلٍ بَعِثَهُ أَنْ
 يَحُجَّ عَنْهُ بِمَائَةٍ ، وَأَجْرُ مِثْلِهِ خَمْسُونَ ، فَطَلَبَ الْخَمْسِينَ^(٢٤) الْفَاضِلَةَ بِدُونِ الْحَجِّ .
 وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي عَشْرَةَ ثَلَاثَيْنِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِنَصْفِهِ بِنَصْفِ الثَّمَنِ . وَإِنْ بَاعَ
 الْعَبْدَ الَّذِي يُسَاوِي ثَلَاثَيْنِ بِخَمْسَةِ عَشَرَ ، جَازَ الْبَيْعُ^(٢٥) فِي ثُلَاثِيهِ^(٢٦) بِثُلَاثِي الثَّمَنِ .
 وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لِلْمُشْتَرِي خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، وَطَرِيقُ هَذَا أَنْ تُنْسَبَ

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في الأصل ، م زيادة : هذا .

(٢٣) في الأصل ، ١ : موروئهم .

(٢٤) في زيادة : الزائدة .

(٢٥) في م : د والبيع .

(٢٦) في م : د ثلثه .

الْثَمَنَ وَثُلَّةَ الْمَبِيعِ إِلَى قِيَمَتِهِ ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي مِقْدَارِ^(٢٧) تِلْكَ النِّسْبَةِ ، وَهُوَ خُمْسَةٌ أَسَدَاسِهِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ الثَّمَنُ مِنْ قِيَمَةِ الْمَبِيعِ ، وَيُنْسَبُ الثُّلُثُ إِلَى الْبَاقِي ، فَيَصِحُّ الْبَيْعُ فِي قَدْرِ تِلْكَ النِّسْبَةِ ، وَهُوَ ثُلَاثُهُ ثُلَاثِي الثَّمَنِ . فَإِنْ خَلَفَ الْبَائِعُ عَشْرَةَ أُخْرَى ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي ثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِهِ بِثَمَانِيَةِ أَتْسَاعِ الثَّمَنِ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي نِصْفَهُ وَأَرْبَعَةَ أَتْسَاعِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَيُرَدُّ نِصْفُ ثَمَنِهِ . وَإِنْ بَاعَ قَفِيزَ حِنْطَةٍ يُسَاوِي ثَلَاثِينَ ، بِقَفِيزِ يُسَاوِي عَشْرَةَ ، أَوْ بِقَفِيزِ يُسَاوِي خُمْسَةَ عَشَرَ ، تَعَيَّنَ الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَرْنَاهُ فِي قَوْلِ الْقَاضِي وَمَنْ وَافَقَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ هُنَا شَرْطٌ فِي صَحَّةِ الْبَيْعِ ، وَلَا تَحْصُلُ بَغْيَرُ هَذَا الْوَجْهِ ، وَطَرِيقُ حِسَابِهَا بِالْجَبْرِ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ بِمَا يُسَاوِي ثُلُثَ قِيَمَتِهِ ، أَنْ نَقُولَ : يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَرْفَعِ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَدْنَى ، وَقِيَمَتُهُ ثُلُثُ شَيْءٍ ، / فَتَكُونُ الْمُحَابَاةُ بِثُلَاثِي شَيْءٍ ، أَلْقِيَمَا^(٢٨) مِنَ الْأَرْفَعِ ، يَتَّقِ^(٢٩) قَفِيزٌ إِلَّا ثُلَاثِي شَيْءٍ ، يَبْدُلُ مِثْلِي الْمُحَابَاةَ ، وَذَلِكَ شَيْءٌ وَثُلُثُ شَيْءٍ ، فَإِذَا جَبَرْتُهُ^(٣٠) عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فَالْشَيْءُ نِصْفُ الْقَفِيزِ .

فصل : القسم الثاني ، المحاباة في التزويج ؛ إِذَا تَزَوَّجَ فِي مَرَضِهِ امْرَأَةً ، صَدَّقَ بِمِثْلِهَا خُمْسَةً ، فَأَصْدَقَهَا عَشْرَةَ لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنْ وَرِثَتْهُ بَطَلَتْ الْمُحَابَاةُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا سَائِرُ الْوَرِثَةِ ، وَإِنْ لَمْ تَرِثْهُ لِكَوْنِهَا مُخَالَفَةً لَهُ فِي الدِّينِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَهَا مَهْرُهَا وَثُلُثُ مَا حَابَاهَا بِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ، فَوَرِثَهَا وَلَمْ تُخَلَّفْ مَالًا سِوَى مَا أَصْدَقَهَا ، دَخَلَهَا الدَّوْرُ ، فَتَصِحُّ الْمُحَابَاةُ فِي شَيْءٍ ، فَيَكُونُ لَهَا^(٣١) خُمْسَةٌ

(٢٧) فِي م : د ق ل ر ه .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، أ : د أَلْقَاهَا .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : د يَتَّقِي .

(٣٠) فِي أ : م ، د : جَبَرْتُهُ .

(٣١) فِي م : د ل ه .

بالصدّاق ، وشيء بالمُحابة ، ويَتَقَى لَوَرْتِيَةُ الزَّوْجِ خَمْسَةَ الْأَشْيَاءِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْمِيرَاثِ نِصْفَ مَالِهَا ، وَهُوَ اثْنَانِ وَنِصْفُ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، صَارَ لَهُمْ سَبْعَةٌ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبَرُوا قَابِلٌ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ثَلَاثَةً (٣٢) ، فَكَانَ لَهَا ثَمَانِيَةٌ ، رَجَعَ إِلَى وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ نِصْفَهَا أَرْبَعَةً ، صَارَ لَهُمْ سِتَّةٌ ، وَلِوَرْتِيَتِهَا أَرْبَعَةٌ . فَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ خَمْسَةَ أُخْرَى ، قُلْتُ : يَتَقَى مَعَ وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفُ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ (٣٣) يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خَمْسَةٌ ، فَجَازَتْ لَهَا الْمُحَابَةُ جَمِيعُهَا ، وَرَجَعَ جَمِيعُ مَا حَابَاهَا بِهِ إِلَى وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ ، وَيَقَى (٣٤) لَوَرْتِيَتِهَا صَدَاقٌ مِثْلُهَا . وَإِنْ كَانَ لِلْمَرْأَةِ خَمْسَةٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لِلزَّوْجِ شَيْءٌ ، قُلْتُ : يَتَقَى مَعَ وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ عَشْرَةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ ، فَيَكُونُ لَهَا بِالْصَّدَاقِ تِسْعَةٌ مَعَ خَمْسِيهَا أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، رَجَعَ إِلَى وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ نِصْفُهَا مَعَ الدِّينَارِ الَّذِي يَقَى لَهُمْ ، صَارَ لَهُمْ ثَمَانِيَةٌ وَلِوَرْتِيَتِهَا سَبْعَةٌ . وَإِنْ كَانَ (٣٥) عَلَيْهَا ذَيْنِ ثَلَاثَةٍ ، قُلْتُ : يَتَقَى مَعَ وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ دِينَارَانِ وَخُمُسَانِ . وَالبَابُ فِي هَذَا أَنْ نَنْظُرَ مَا يَتَقَى فِي يَدِ وَرْتِيَةِ الزَّوْجِ ، فْخُمُسَاءُ هُوَ الشَّيْءُ الَّذِي صَحَّتِ الْمُحَابَةُ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفًا / ، وَالشَّيْءُ هُوَ خُمُسَا شَيْئَيْنِ وَنِصْفٍ ، وَإِنْ شِئْتَ اسْقَطْتَ خَمْسَةَ ، وَأَخَذْتَ نِصْفَ مَا يَتَقَى (٣٦) .

ط ٤٣/٦

فصل : القسم الثالث ، أَنْ يُخَالِعَهَا فِي مَرَضِهَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِهَا ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ أَنْ لَوَرْتِيَتِهَا أَنْ لَا يُعْطَوْهُ أَكْثَرُ مِنْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا ، فَيَكُونُ لَهُ الْأَقْلُ مِنَ الْعَوَاضِ أَوْ مِيرَاثِهِ مِنْهَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنْ خَالَعَهَا بَعْدَ دُخُولِهِ بِهَا ، وَمَاتَ (٣٧) قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهَا

(٣٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : ذ : ثَلَاثَةٌ .

(٣٣) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٣٤) فِي : ١ : وَيَقَى .

(٣٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٦) فِي : ١ : بَقِيَ .

(٣٧) فِي : م : وَمَاتَ .

مُتَّهَمَةٌ فِي أَنَّهَا قَصَدَتْ إِصْبَالَ أَكْثَرٍ مِنْ مِيرَاتِهِ إِلَيْهِ . وَعَنْدَ مَالِكٍ : إِنْ زَادَ عَلَى مَهْرِ الْمُثْلِ ، فَالزَّيَادَةُ مَرْدُودَةٌ . وَعَنْ مَالِكٍ ، أَنَّ خُلْعَ الْمَرِيضَةِ بَاطِلٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الزَّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمُثْلِ مُحَابَاةٌ تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ خَالَعَهَا قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، أَوْ مَاتَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَالْيَعُوضُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَمِثَالُ ذَلِكَ : امْرَأَةٌ انْخَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِثَلَاثِينَ ، لَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، وَصَدَاقُ مِثْلِهَا اثْنَا عَشَرَ ، فَلَهُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، سِوَاءِ قَلِّ صَدَاقِهَا أَوْ كَثَرٍ ؛ لِأَنَّهَا قَدَّرُ مِيرَاتِهِ . وَعَنْدَ الشَّافِعِيِّ : لَهُ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، اثْنَا عَشَرَ لِأَنَّهَا قَدَّرُ صَدَاقِهَا ، وَثُلُثُ بَاقِي الْمَالِ بِالْمُحَابَاةِ وَهُوَ سِتَّةٌ . وَإِنْ كَانَ صَدَاقُهَا سِتَّةً ، فَلَهُ (٣٨) أَرْبَعَةَ عَشَرَ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَ الْبَاقِي ثَمَانِيَةٌ . مَرِيضٌ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى مِائَةٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، وَمَهْرُ مِثْلِهَا عَشْرَةٌ ، ثُمَّ مَرَضَتْ ، فَانْخَلَعَتْ مِنْهُ بِالمِائَةِ ، وَلَا مَالَ لَهَا سِوَاهَا ، فَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلَهَا شَيْءٌ بِالْمُحَابَاةِ ، وَالبَاقِي لَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ (٣٩) إِلَيْهِ نِصْفُ مَالِهَا بِالْمُحَابَاةِ ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ شَيْءٍ ، فَصَارَ مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ يُخْرِجُ الشَّيْءَ ثَمَانِيَةً وَثَلَاثِينَ ، فَقَدْ صَحَّ لَهَا بِالصَّدَاقِ وَالْمُحَابَاةِ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ ، وَبَقِيَ (٤٠) مَعَ وَرَثَتِهِ اثْنَانِ وَخَمْسُونَ ، وَرَجَعَ إِلَيْهِمْ بِالْخُلْعِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، فَصَارَ مَعَهُمْ سِتَّةٌ وَسَبْعُونَ ، وَبَقِيَ لِلْمَرْأَةِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . وَعَنْدَ الشَّافِعِيِّ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ صَدَاقُ الْمُثْلِ وَثُلُثُ شَيْءٍ بِالْمُحَابَاةِ ، فَصَارَ بِأَيْدِيهِمْ مِائَةٌ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَهُوَ سَبْعَةٌ وَثَلَاثُونَ وَنِصْفُ ، فَصَارَ لَهَا ذَلِكَ وَمَهْرُ الْمُثْلِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ / مَهْرُ الْمُثْلِ وَثُلُثُ الْبَاقِي اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفُ ، فَيَصِيرُ بِأَيْدِي وَرَثَتِهِ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، وَهُوَ مِثْلًا مُحَابَاتِهَا . وَعَنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ (٤١) ثُلُثُ الْعَشْرِ (٤٢) وَثُلُثُ الشَّيْءِ ، فَصَارَ مَعَهُمْ ثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ وَثُلُثُ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا ، وَهُوَ خَمْسَةٌ

٤٤/٦ و

(٣٨) في ١ : فلها .

(٣٩) في ١ : يرجع .

(٤٠) في ١ : ويبقى .

(٤١ - ٤٢) في ١ : العشرة .

وثلثون مع العشرة ، صار لها خمسة وأربعون ، رجع إلى الزوج ثلثها ، صار لزوجتيها ثلاثون ولورثته سبعون ، هذا إذا مات بعد انقضاء عدتها . وإن تركت المرأة مائة أخرى ، فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون لأن نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمساً ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذي صحته المحابة فيه ، فلها ذلك وعشرة بالمثل ، صار لها مائة وثمانية وستون ، رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون ، وكان الباقي معه اثنان وثلثون ، صار له مائة وستة عشر ، ولورثتيها أربعة وثمانون^(٤٢) .

فصل : في الهبة ؛ رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها ، فقبضها ، ثم مات ، وخلف بنتاً ، فقد صحته الهبة في شيء ، والباقي للواهب ، ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه ، صار معه مائة^(٤٣) لأن نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمساً ذلك أربعون ، رجع إلى الواهب نصفها عشرون ، صار معه ثمانون^(٤٤) ، وبقي لورثته أخى الواهب عشرون . وطريقها بالباب^(٤٥) أن تأخذ عدداً لثلثه نصف ، وهو ستة ، فتأخذ ثلثه اثنين ، وتلقى نصفه سهماً ، يبقى سهم ، فهو للموهوب له ، ويبقى للواهب أربعة ، فتقسم المائة سهم^(٤٦) على خمسة ، والسهم الذي أسقطته لا يذكر ؛ لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية ، فيجب أطراحه ، كالسهم الفاضلة عن القروض في مسألة الرد . وشبه هذه المسألة من مسائل الرد ، أم وأختان ، فلأختين أربعة ، وللأم سهم ، ويسقط ذكر السهم السادس . / ولو كان ترك اثنتين ، ضربت ثلاثة في ثلاثة ، صارت تسعة ، وأسقطت

ظ ٤٤/٦

(٤٢) في م : ثلاثون .

(٤٣) في زيادة : ونصف .

(٤٤) في م : ثلاثون .

(٤٥) كذا بالنسخ ، وهو يعني بابها في الحساب .

(٤٦) في الأصل ، ا : بينهما .

منها سَهْمًا^(٤٧) بَقِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَخُذِ الثَّلَثَ ثَلَاثَةً ، وَاسْقِطْ مِنْهُمَا سَهْمًا^(٤٧) ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهِيَ الَّتِي تَبْقَى لَوَرَثَةِ الْمُوْهُوبِ لَهُ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ لِلْوَاهِبِ ، وَهِيَ مِثْلًا مَا جَازَتْ إِلَيْهِ . وَإِنْ خَلَفَ امْرَأَةٌ وَبَنَاتًا ، فَمَسَّأَلَتْهُمَا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تَكُونُ أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ تُسْقِطُ مِنْهَا الثَّلَاثَةُ الَّتِي وَرَثَهَا الْوَاهِبُ ، يَبْقَى أَحَدٌ وَعِشْرُونَ ، فَهِيَ الْمَالُ ، وَتَأْخُذُ ثُلثَ الْأَرْبَعَةِ وَالْعِشْرِينَ ، وَهِيَ ثَمَانِيَّةٌ ، تُلْقَى مِنْهَا الثَّلَاثَةُ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فَهِيَ الْبَاقِيَةُ لَوَرَثَةِ الْمُوْهُوبِ لَهُ ، وَالْبَاقِي لِلْوَاهِبِ ، فَتَقْسِمُ الْمِائَةَ عَلَى هَذِهِ السَّهَامِ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ مَرِيضًا مِائَةً ، لَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، ثُمَّ عَادَ الْمُوْهُوبُ لَهُ فَوَهَبَهَا لِلأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ سِوَاهَا ، فَبِالْبَابِ تَضْرِبُ ثَلَاثَةً فِي ثَلَاثَةٍ ، وَتُسْقِطُ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثَمَانِيَّةٌ ، فَاقْسِمِ الْمِائَةَ عَلَيْهَا لِكُلِّ سَهْمَيْنِ^(٤٨) خَمْسَةً وَعِشْرُونَ ، ثُمَّ خُذْ ثُلُثَهَا ثَلَاثَةً ، اسْقِطْ مِنْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، فَهُوَ لِلْمُوْهُوبِ الْأَوَّلِ ، وَذَلِكَ هُوَ الرَّبْعُ . وَبِالْجَبْرِ قَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، ثُمَّ صَحَّتِ الْهَبَةُ الثَّانِيَةُ فِي ثُلُثِهِ ، يَبْقَى لِلْمُوْهُوبِ الْأَوَّلِ ثُلُثُ شَيْءٍ وَلِلْوَاهِبِ مِائَةٌ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبِرْ وَقَابِلْ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ سَبْعَةً وَثَلَاثِينَ وَنِصْفًا ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا اثْنَا عَشَرَ وَنِصْفٌ ، وَيَبْقَى لِلْمُوْهُوبِ لَهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ . فَإِنْ خَلَفَ الْوَاهِبُ مِائَةً أُخْرَى ، فَقَدْ بَقِيَ مَعَ الْوَاهِبِ مِائَتَانِ إِلَّا ثُلُثُ شَيْءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةٌ أَثْمَانِيَّةٌ ، وَذَلِكَ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ ، رَجَعَ إِلَى الْوَاهِبِ ثُلُثُهَا ، يَبْقَى مَعَ وَرَثَتِهِ خَمْسُونَ .

فصل : فَإِنْ وَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا جَارِيَةً ، فَقَبَضَهَا الْمُوْهُوبُ لَهُ وَوَطَّعَهَا ، وَمَهَّرَهَا

(٤٧) - (٤٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤٨) فِي ١ م ، ١ : سَهْمٌ .

ثُلُثُ قِيمَتِهَا ، ثم مات الواهب ولا شيء له سِوَاهَا ، وَقِيمَتُهَا ثَلَاثُونَ ، وَمَهْرُهَا عَشْرَةٌ ،
فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَسَقَطَ عَنْهُ مِنْ مَهْرِهَا ثُلُثُ شَيْءٍ ، وَيَقْبَى لِلْوَاهِبِ أَرْبَعُونَ
إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرُوا قَابِلَ ، يَخْرُجُ الشَّيْءُ ، خُمُسُ ذَلِكَ وَعَشْرُهُ ، وَهُوَ
اثنَا عَشَرَ / وَذَلِكَ خُمُسًا الْجَارِيَّةُ . فَقَدْ صَحَّتِ الْهَبَةُ فِيهِ ، وَيَقْبَى لِلْوَاهِبِ ثَلَاثَةُ
أَخْمَاسِهَا ، وَلَهُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا سِتَّةٌ . وَلَوْ وَطَّعَهَا أَجْنَبِيٌّ
فكَذَلِكَ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مَهْرُهَا ، ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ لِلْوَاهِبِ ، وَخُمُسَاهُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ ،
إِلَّا أَنْ تَقُودَ الْهَبَةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْهَا^(٤٩) مَوْقُوفٌ عَلَى حُصُولِ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِئِ ،
فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ تَزِدِ الْهَبَةَ عَلَى ثُلُثِهَا . وَكُلَّمَا حَصَلَ مِنْهُ شَيْءٌ تَفَدَّتِ الْهَبَةُ
فِي الزِّيَادَةِ بِقَدْرِ ثُلُثِهِ . وَإِنْ وَطَّعَهَا الْوَاحِبُ ، فَعَلِيهِ مِنْ عَقْرِهَا بِقَدْرِ مَا جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ،
وَهُوَ ثُلُثُ شَيْءٍ ، يَقْبَى مَعَهُ ثَلَاثُونَ إِلَّا شَيْئًا وَثُلَاثًا^(٥٠) ، يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ تِسْعَةٌ ،
وَهُوَ خُمُسُ الْجَارِيَّةِ ، وَعَشْرُهَا وَسَبْعَةُ أَعْشَارِهَا لِوَرَثَةِ الْوَاطِئِ ، وَعَلَيْهِمْ عَقْرُ الَّذِي
جَازَتْ الْهَبَةُ فِيهِ ثُلُثُهُ^(٥١) ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْجَارِيَّةِ بِقَدْرِهَا ، صَارَ لَهُ خُمُسُهَا .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ مَرِيضٌ رَجُلًا عَبْدًا ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَتَلَ الْعَبْدُ الْوَاحِبَ ، قِيلَ
لِلْمَوْهُوبِ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْدِيهِ ، وَإِمَّا أَنْ تُسَلِّمَهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهُ سَلَّمَهُ كُلَّهُ ، نِصْفَهُ
بِالْجَنَائِيَةِ ، وَنِصْفَهُ لِاتِّقَاصِ الْهَبَةِ فِيهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ قَدْ صَارَ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاحِبِ ،
وَهُوَ مِثْلًا نِصْفِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْهَبَةَ جَازَتْ فِي نِصْفِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَفِيهِ^(٥٢) رِوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا : يَقْدِيهِ بِأَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ^(٥٣) قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ^(٥٤) أَوْ أَرْضِ جَنَائِيَتِهِ . وَالْأُخْرَى ،
يَقْدِيهِ بِقَدْرِ ذَلِكَ مِنْ أَرْضِ جَنَائِيَتِهِ ، بِالْعَقَّةِ مَا بَلَغَتْ . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ دِيَّةً ، فَأِنَّكَ تَقُولُ :
صَحَّتِ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِ نِصْفُ الْعَبْدِ وَقِيمَةُ نِصْفِهِ ، وَذَلِكَ يَغْدُلُ شَيْئَيْنِ ،

(٤٩) في ١ ، ب ، م : ٥ منها ٤ .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١ - ٥٢) في الأصل : ٥ قيمته ٤ .

فَيَبِينُ أَنَّ الشَّيْءَ نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ دِيْنَيْنِ ، وَاخْتَارَ دَفَعَهُ ، فَإِنَّ الْهَيْبَةَ تَجُوزُ فِي شَيْءٍ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِمْ نِصْفُهُ ، يَبْقَى مَعَهُمْ عَبْدٌ إِلَّا نِصْفُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ خُمْسَاهُ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِمْ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ ؛ لِإِنْتِقَاصِ الْهَيْبَةِ ، وَخُمْسًا مِنْ أَجْلِ جِنَايَتِهِ ، فَيَصِيرُ لَهُمْ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَيْبَةُ / فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَقَدَاهُ بِخُمْسِي الدِّيَّةِ ، وَيَبْقَى لَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ وَخُمْسًا الدِّيَّةِ ، وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ خُمْسٍ مِنْهُ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ نِصْفَ الدِّيَّةِ أَوْ أَقَلَّ ، وَقُلْنَا : تَقْدِيرُهُ بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ . نَقْذَرَتِ الْهَيْبَةُ فِي جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّ أَرْشَهَا أَكْثَرُ مِنْ مِثْلِي قِيَمَتِهِ أَوْ مِثْلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِ الدِّيَّةِ ، فَاخْتَارَ فِدَاءَهُ بِالدِّيَّةِ ، فَقَدْ صَحَّتِ الْهَيْبَةُ فِي شَيْءٍ ، وَيَقْدِيرُهُ بِشَيْءٍ وَثُلُثَيْنِ ، فَصَارَ مَعَ الْوَرِثَةِ عَبْدٌ وَثُلَاثُ شَيْءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَتَصِحُّ الْهَيْبَةُ فِي ثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الْعَبْدِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْوَاهِبِ رُبْعُهُ مِائَةً وَخُمْسُونَ ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَّةِ سَبْعُمِائَةٍ وَخُمْسُونَ ، صَارَ الْجَمِيعُ تِسْعِمِائَةٍ ، وَهُوَ مِثْلًا مَا صَحَّتِ الْهَيْبَةُ فِيهِ . فَإِنْ تَرَكَ الْوَاهِبُ مِائَةً دِينَارٍ ، فَاضْمُمْنَا إِلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنْ اخْتَارَ دَفَعَ الْعَبْدُ ، دَفَعَ ثُلُثَهُ وَرُبْعَهُ ، وَذَلِكَ قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ الْمَالِ بِالْجِنَايَةِ وَبَاقِيهِ لِإِنْتِقَاصِ الْهَيْبَةِ ، فَيَصِيرُ لِلْوَرِثَةِ ^(٥٢) الْعَبْدُ وَالْمِائَةُ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا جَازَتْ الْهَيْبَةُ فِيهِ . وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ ، فَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّهُ يَقْدِرُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ إِذَا لَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا ، فَرُدَّ عَلَى ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِائَةِ ، يَصِيرُ ذَلِكَ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ ، فَتَقْدِيرُهُ ^(٥٣) بِسَبْعَةِ أَثْمَانِ الدِّيَّةِ .

فصل : مَرِيضٌ أَعْتَقَ عَبْدًا ، لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ، قِيَمَتُهُ مِائَةٌ ، فَقَطَعَ اصْبَغَ سَيِّدِهِ خَطًّا ، فَإِنَّهُ يَبْقَى نِصْفُهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَيَصِيرُ لِلْسَّيِّدِ نِصْفُهُ وَنِصْفُ قِيَمَتِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ ، وَأَوْجَبْنَا نِصْفَ قِيَمَتِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مِنْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَحَسَابُهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ شَيْءٌ لِلْسَّيِّدِ ، فَصَارَ مَعَ السَّيِّدِ عَبْدٌ إِلَّا شَيْئًا ، وَشَيْءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فَأَسْقَطَ شَيْئًا بِشَيْءٍ ، بَقِيَ مَا مَعَهُ مِنَ الْعَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئًا

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) في م : ١ فقه .

مثل ما عتق منه . ولو كانت قيمة العبد مائتين ، عتق خمساها ؛ لأنه يعتق منه شيء ،
وعليه نصف شيء للسيد ، فصار للسيد نصف شيء^(٥٤) ، وبقيّة العبد يعدل شيئين ،
فيكون بقيّة العبد يعدل شيئا ونصفا ، وهو ثلاثة أخماسه ، والشئ الذي عتق
خمساه . وإن كانت قيمته خمسين أو أقل ، عتق كله لأنه يلزمه مائة ، وهي مثله أو
أكثر . وإن كانت / قيمته ستين ، قلنا : عتق منه شيء ، وعليه شيء وثلاثا شيء للسيد ،
مع بقيّة العبد ، يعدل شيئين ، بقيّة العبد إذا تلت شيء ، فاعتق منه ثلاثة أرباعه . وعلى
هذا القياس لأن ما زاد من^(٥٥) العتق على الثلث ، ينبغي أن يقف على أداء ما يقابل من
القيمة ، كما إذا دبر عبدا وله دين في ذمة غريم له ، فكلما اقتضى من القيمة شيئا ، عتق
من الموقوف بقدر ثلثه .

فصل : فإن أعتق عبدين ، دفعة واحدة ، قيمة أحدهما مائة والآخر مائة
وخمسون ، فجنى الأدنى على الأعلى جناية نقصته ثلث قيمته ، وأرشها كذلك ،
في حياة سيدهما ، ثم مات ، أفرغنا بين العبدَيْن ، فإن وقعت على الجاني عتق منه أربعة
أخماسه ، وعليه أربعة أخماس أرش جنايته ، وبقي لورثة سيده خمس وأرش جنايته
والعبد الآخر ، وذلك مائة وستون ، وهو مثلا ما عتق منه . وحسابها أن تقول :
عبد^(٥٦) عتق منه شيء ، وعليه نصف شيء ؛ لأن جنايته بقدر نصف قيمته ، بقي
للسيد نصف شيء ، وبقيّة العبدَيْن تعدل شيئين ، فعلمت أن بقيّة العبدَيْن شيء
ونصف ، فإذا أضفت إلى ذلك الشئ الذي عتق ، صار جميعا يعدل شيئين
ونصفا ، فالشئ الكامل خمساهما ، وذلك أربعة أخماس أحدهما . وإن وقعت
قرعة الحرية على المجنى عليه ، عتق ثلثه ، وله ثلث أرش جنايته ، يتعلق برقة الجاني ،
وذلك تسع الدية ؛ لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق ،

(٥٤) في م : الشئ .

(٥٥) في م : في .

(٥٦) سقط من : الأصل .

والواجِبُ له من الأرض ^(٥٧) يَسْتَعْرِقُ قِيَمَةَ الْجَانِي ، فَيَسْتَحِقُّهَا ، وَلَا يَتَقَيَّ لِسَيِّدِهِ مَالٌ سِوَاهُ فِيمَتَّقُ ثُلْثَهُ ، وَيَرِيقُ ثُلَاثَهُ . وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا خُمْسُونَ ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ / ثَلَاثُونَ ، فَجَنَى الْأَذْنَى عَلَى الْأَرْفَعِ ، فَتَقْصَهُ حَتَّى صَارَتْ قِيَمَتُهُ أَرْبَعِينَ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْأَذْنَى ، عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَعَلَيْهِ ثُلْثُ شَيْءٍ ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَيْنِ شَيْعَانِ وَثُلُقَانِ ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِمَا ، وَقِيَمَتُهُمَا سَبْعُونَ ، فَثَلَاثَةُ أَثْمَانِهَا سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٌ ^(٥٨) وَهِيَ مِنَ الْأَذْنَى نِصْفُهُ وَخُمْسُهَا وَنِصْفُ سُدُسِ عَشْرِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ ثُلْثَهُ ، وَخَفَهُ مِنَ الْجَنَائَةِ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي ، فَيَأْخُذُهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ الْمُعْتَقُ . وَقَدْ بَقِيََتْ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَادَ الْعِتْقُ عَلَى ثُلْثِ الْعَبْدَيْنِ مِنْ أَجْلِ وَجُوبِ الْأَرْضِ لِلْسَيِّدِ ، تَكُونُ الزِّيَادَةُ مَوْقُوفَةً عَلَى آدَاءِ الْأَرْضِ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٩٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ جَاوَزَ الْعَشْرَ سِنِينَ ؛ فَوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ إِذَا وَالَّقَى الْحَقُّ)

هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ ، وَحَنْبَلٍ : تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ مَنْ لَهُ عَشْرَ سِنِينَ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، وَمَا بَيْنَ السَّبْعِ وَالْعَشْرِ فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْغُلَامِ لِلدُّونِ الْعَشْرِ وَلَا الْجَارِيَةِ ^(١) ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَمَا زَادَ عَلَى الْعَشْرِ فَتَصِحُّ ، عَلَى الْمَنْصُوصِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَا تَصِحُّ حَتَّى

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : وَ الْأَرْضِ .

(٥٨) فِي حَاشِيَةِ م : هُوَ سِوَاهُ سِتَّةٍ وَعِشْرُونَ وَرُبْعٍ وَهِيَ مِنَ الْأَذْنَى نِصْفُهُ وَرُبْعُهُ وَغَنَّهُ . وَهُوَ حَقٌّ .

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : وَ لِلدُّونِ تِسْعٍ .

يُتْلَع . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : تصح وصية الصبي إذا عقل . وروى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه أجاز وصية الصبي ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وشريح ، وعطاء ، والزهرى ، وإياس ، وعبد الله بن غنبة ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وإسحاق . قال إسحاق : إذا بلغ اثنتي عشرة . وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وعن ابن عباس : لا تصح وصيته حتى يتلغ . وبه قال الحسن ، ومجاهد ، وأصحاب الرأي . وللشافعي قولان ، كالمذهبيين . واختجوا بأنه تبرع بالمال ، فلا يصح من الصبي ، كالهبة والعتيق ، ولأنه لا يقبل إقراره ، فلا تصح وصيته ، كالطفل . ولنا ، ما/روى ، أن صبيًا من غسان ، له عشر سنين ، أوصى لأخواله ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، فأجاز وصيته . رواه سعيد . وروى مالك ، في «موطأه»^(٢) عن عبد الله بن أبي بكر ، عن أبيه ، أن عمرو بن سليم أخبره ، أنه قيل لعمر بن الخطاب : إن ههنا غلامًا يفاعا لم يحتلم ، وورثته بالشام ، وهو ذو مال ، وليس له ههنا إلا ابنة عم له ، فقال عمر : فليوص لها . فأوصى لها بمال يقال له بقرجشم . قال عمرو بن سليم : فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا . وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم . قال أبو بكر : وكان الغلام ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة . وهذه قصة التشرث فلم تنكر ، ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي ، فصح منه ، كالإسلام والصلاة ، وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله ، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخره ، بخلاف الهبة والعتيق المنجز ، فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه ، وإذا ردت رجعت إليه ، وههنا لا يرجع إليه بالرد ، والطفل لا عقل له ، ولا يصح إسلامه ولا عيادته . وقوله : «إذا وافق الحق» . يعني

و ٤٧/٦

(٢) في : باب ما يجوز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٢/٢ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٢٤/٢ مختصرا . والبيهقي ، في : باب ما جاء في وصية الصغير ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب وصية الغلام ، من كتاب الوصايا . المصنف ٧٨/٩ .

إذا وَصَّى بِوَصِيَّةٍ يَصِحُّ مِنْهَا مِنَ الْبَالِغِ^(٣)، صَحَّتْ مِنْهُ، ('وَمَالاً') فلا . قال شَرِيحٌ، وعبد الله بن عَبَّاسٍ، وهما قاضِيَانِ : مَنْ أَصَابَ الْحَقَّ أَجْزَأًا وَصِيَّتَهُ .

فصل : فأمَّا الطُّفْلُ، وهو مَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ، وَالْمَجْنُونُ، وَالْمُبْرَسَمُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ ؛ حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَمَالِكٌ، وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا لِبَاسَ بْنِ مُعَاوِيَةَ، قَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ^(٤) : إِذَا وَافَقَتْ وَصِيَّتُهُمَا^(٥) الْحَقُّ جَازَتْ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا حُكْمَ لِكَلَامِهِمَا، وَلَا تَصِحُّ عِبَادَتُهُمَا، وَلَا شَيْءٌ مِنْ تَصَرُّفَاتِهِمَا، فَكَذَا الْوَصِيَّةُ، بَلْ أَوْلَى، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصِحَّ إِسْلَامُهُ وَصَلَاتُهُ الَّتِي هِيَ مَحْضُ نَفْعٍ لَا ضَرَرَ فِيهَا، فَلَا أَنْ يَصِحَّ بِذَلِكَ الْمَالُ يَتَضَرَّرُ بِهِ وَارِثُهُ أَوْلَى، وَلَئِنْهَا تَصَرَّفَ يَفْتَوَرُ / إِلَى إِيْجَابِ وَقَبُولِ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهَا، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ .

٤٧/٦ ظ

فصل : فأمَّا الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِسَفَهِ، فَإِنْ وَصِيَّتُهُ تَصِحُّ، فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ . قَالَ الْخَبَرِيُّ : وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِي وَصِيَّتِهِ وَجْهَانِ . وَلَنَا، أَنَّهُ عَاقِلٌ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالصَّبِيِّ الْعَاقِلِ، وَلَأنَّ وَصِيَّتَهُ تَمَحَّضَتْ نَفْعًا لَهُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، فَصَحَّتْ كِعِبَادَاتِهِ . وَأَمَّا الَّذِي يُجْنُ أَحْيَانًا، وَيُفِيقُ أَحْيَانًا، فَإِنْ وَصَّى حَالَ جُنُونِهِ لَمْ تَصِحَّ، وَإِنْ وَصَّى فِي حَالِ عَقْلِهِ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْلَاءِ فِي شَهَادَتِهِ، وَوُجُوبِ الْعِبَادَةِ عَلَيْهِ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّتِهِ وَتَصَرُّفَاتِهِ . وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السُّكْرَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ قَوْلَانِ . يَعْنِي وَجْهَيْنِ . وَلَنَا، أَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِلٍ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، كَالْمَجْنُونِ . وَأَمَّا إِيقَاعُ طَلَاقِهِ، فَإِنَّمَا أَوْقَعَهُ مَنْ أَوْقَعَهُ تَغْلِيظًا عَلَيْهِ، لِإِزْتِكَابِهِ الْمَعْصِيَةِ، فَلَا يَتَعَدَّى هَذَا إِلَى وَصِيَّتِهِ؛ فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِيهَا، إِنَّمَا الضَّرَرُ عَلَى وَارِثِهِ . وَأَمَّا

(٣) فِي (١)، م : دِ الْبَالِغِ .

(٤ - ٤) فِي (١)، م : دِ وَلَا .

(٥) فِي مِ زِيَادَةٍ : دِ لَا .

(٦) فِي م : دِ وَصِيَّتِهِ .

الضَّعِيفُ فِي عَقْلِهِ ، فَإِنْ مَنَعَ ذَلِكَ رُشْدَهُ فِي مَالِهِ ، فَهُوَ كَالسَّفِيهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْعَاقِلِ .

فصل : وَتَصِحُّ وَصِيَّةُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ^(٧) ؛ لِأَنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِهِ فِي طَّلَاقِهِ وَلِعَانِهِ وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، فَلَا حُكْمَ لَهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَغَيْرِهِمَا . فَأَمَّا النَّاطِقُ إِذَا اغْتَقِلَ لِسَانَهُ ، فَعَرِضَتْ عَلَيْهِ وَصِيَّتُهُ ، فَأَشَارَ بِهَا ، وَفُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، لَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى الْكَلَامِ ، أَشَبَّهُ الْأَخْرَسَ . وَاحْتَجَّ ابْنُ الْمُنْذِرِ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَلَّى وَهُوَ قَاعِدٌ ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ ، فَقَعَدُوا . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨) . وَخَرَّجَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَجْهًا إِذَا اتَّصَلَ بِاغْتِقَالِ لِسَانِهِ الْمَوْتُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ مَأْيُوسٍ مِنْ نُطْقِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ وَصِيَّتُهُ بِإِشَارَتِهِ ، كَالْقَادِرِ عَلَى الْكَلَامِ . وَالخَبَرُ لَا يُلْزِمُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَلَامِ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ إِشَارَةَ الْقَادِرِ / لَا تَصِحُّ بِهَا وَصِيَّةٌ وَلَا إِقْرَارٌ ، فَفَارَقَ الْأَخْرَسَ ، لِأَنَّهُ مَأْيُوسٌ مِنْ نُطْقِهِ .

و ٤٨/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى عَبْدٌ أَوْ مُكَاتَّبٌ أَوْ مُدَبِّرٌ أَوْ أُمٌّ وَلَدَ وَصِيَّةً ، ثُمَّ مَاتُوا عَلَى الرَّقِّ ، فَلَا وَصِيَّةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُمْ . وَإِنْ عَتَقُوا ^(٩) ثُمَّ مَاتُوا أَوْ لَمْ يُعَيَّرُوا وَصِيَّتَهُمْ ، صَحَّتْ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ قَوْلًا صَحِيحًا وَأَهْلِيَّةً تَامَةً ، وَإِنَّمَا فَارَقُوا الْحُرَّ بِأَنَّهُمْ لَا مَالَ لَهُمْ ، وَالْوَصِيَّةُ تَصِحُّ مَعَ غَدَمِ الْمَالِ ، كَالْوَصِيِّ الْفَقِيرِ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ ، ثُمَّ اسْتَفْتَى . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ : مَتَى

(٧) فِي الْأَصْلِ : إِشَارَاتُهُ .

(٨) فِي : بَابِ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَ بِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَذَانِ ، وَفِي : بَابِ صَلَاةِ الْقَاعِدِ ، مِنْ كِتَابِ التَّقْصِيرِ ، وَفِي : بَابِ الْإِشَارَةِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السَّهْرِ ، وَفِي : بَابِ إِذَا عَادَ مِنْ يَضَافُ حَضَرَتْ الصَّلَاةُ فَصَلَّ بِهِنَّ جَمَاعَةً ، مِنْ كِتَابِ الْمَرْصُيِّ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧٦/١ ، ١٧٧ ، ٥٨/٢ ، ٥٩ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ١٥٢/٧ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْإِمَامِ يَصِلُ مِنْ قَعْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١٤٢/١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ إِذَا جَعَلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتِمَ بِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِقَامَةِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٣٩٢/١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ صَلَاةِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَالِسٌ ، مِنْ كِتَابِ صَلَاةِ الْجَمَاعَةِ . الْمُوطَأُ ١٣٥/١ .

(٩) فِي م : أَعْتَقُوهُمْ .

عَتَقْتُ ثُمَّ مِثْتُ ، فَتُلِّي لِفُلَانٍ وَصِيَّةً ، فَعَتَقَ وَمَاتَ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ بِخِلَافِهِمْ .

فصل : وَتَصِيحُ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، وَالذَّمِيُّ لِلْمُسْلِمِ ، وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ . رَوَى إِجَازَةً وَصِيَّةُ^(١٠) الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ بِخِلَافِهِمْ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَنَفِيَّةِ ، وَعَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَقُولُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَقْرُوفًا ﴾^(١١) . هُوَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ . وَقَالَ سَعِيدٌ : حَدَّثَنَا سُفْيَانُ ، عَنْ أَيُّوبَ ، عَنْ عِكْرِمَةَ ، أَنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُحَيٍّ بَاعَتْ حُجْرَتَهَا مِنْ مُعَاوِيَةَ بِمِائَةِ أَلْفٍ ، وَكَانَ لَهَا أَخٌ يَهُودِيٌّ ، فَعَرَضَتْ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَ فَبَرِثَ ، فَأَتَى ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِثُلُثِ الْمِائَةِ^(١٢) . وَلَا تَنْهَى تَصِيحُ لَهُ الْهَبَةَ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَإِذَا^(١٣) صَحَّتْ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِيِّ ، فَوَصِيَّةُ الذَّمِيِّ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِيُّ لِلذَّمِيِّ أَوَّلَى . وَلَا تَصِيحُ إِلَّا بِمَا تَصِيحُ بِهِ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ . وَلَوْ أَوْصَى لِوَارِثِهِ ، أَوْ لِأَخِيئِهِ ، بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلُثِهِ ، وَقَفَّ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، كَالْمُسْلِمِ سِوَاءً .

فصل : وَتَصِيحُ الْوَصِيَّةِ لِلْخَرِبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا تَصِيحُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾ ، إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ ﴾^(١٤) . فَيُذَلُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَنْ قَاتَلَنَا لَا يَجِلُّ بَرُّهُ . وَلَنَا ،

ظ ٤٨/٦

(١٠) سقط من : ١ ، م .

(١١) سورة الأحزاب ٦ .

(١٢) في م زيادة : : ألف ٤ .

وتقدم تخريجه في صفحة ٢٣٦ .

(١٣) في م : وأنها ٤ .

(١٤) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

أَنَّهُ تَصِيحُ هَيْبَتِهِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالَّذِي . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عَمَرَ حُلَّةً مِنْ خَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ كَسَوْنِيَّهَا ، وَقَدْ قُلْتُ فِي حُلَّةٍ عَطَارِدٍ مَا قُلْتُ ، فَقَالَ : « إِنِّي لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَهَا » . فَكَسَاهَا عَمَرُ أَخَاهُ مُشْرِكًا لَهُ بِمَكَّةَ ^(١٥) . وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ ، قَالَتْ : أَتَيْتُ أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ - تَعْنِي الْإِسْلَامَ - فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَتَيْتُ أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفَأَصِلُهَا ؟ قَالَ : « نَعَمْ » ^(١٦) . وَهَذَانِ فِيهِمَا صِلَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ وَبِرُّهُمْ . وَالْآيَةُ حُجَّةٌ لَنَا فِي مَنْ لَمْ يُقَاتِلْ ، فَأَمَّا الْمُقَاتِلُ فَإِنَّهُ نَهَى عَنْ تَوَلَّيْهِ لِأَنَّ بَرَّهُ وَالْوَصِيَّةُ لَهُ ، وَإِنْ اخْتَجَّ بِالْمَفْهُومِ ، فَهُوَ لَا يَرَاهُ حُجَّةٌ . ثُمَّ قَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ الْهَيْبَةِ ، وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَاهَا . فَأَمَّا الْمُرْتَدُّ ، فَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَمَا تَصِيحُ هَيْبَتِهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا تَصِيحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا يَرِثُ ، وَلَا يُوَرِّثُ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ . وَلِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَنْ مَالِهِ بِرِدَّتِهِ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَجَمَاعَةٍ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ بِالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَلَا تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ لِكَافِرٍ بِمُضْهِفٍ وَلَا عَبْدٍ مُسْلِمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ هَيْبَتُهُمَا لَهُ ، وَلَا يَتَّبِعُهُمَا مِنْهُ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ عَبْدٌ كَافِرٌ ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، وَإِنْ أُسْلِمَ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَتْ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى أَنَّ الْمِلْكَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَّعِدِيَ الْمِلْكُ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَمَنْ قَالَ : يَثْبُتُ الْمِلْكُ بِالْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبُولِ . قَالَ : الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّا نَتَّبِعُ أَنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ بِالْمَوْتِ ، لِأَنَّهُ أُسْلِمَ بَعْدَ أَنْ مَلَكَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِيحُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَأْتِي بِسَبَبٍ لَوْلَاهُ لَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ ، فَمَنَعَ مِنْهُ ، كَأَيِّدَاءِ الْمِلْكِ .

فصل : وَلَا تَصِيحُ الْوَصِيَّةُ بِمَعْصِيَةٍ وَفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، مُسْلِمًا كَانَ الْمُوصِي أَوْ ذِمِّيًّا ،

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١١٥/٤ . ويضاف إليه : وأخرجه النسائي أيضا ، في : باب الهبة للجمعة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٧٨/٣ .

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١١٤/٤ .

فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار، أو عمارتهما، أو الاتفاق عليهما، كان باطلاً .
 وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : يصح . وأجاز أبو حنيفة
 الوصية بأرضه / ثبني كنيسة . وخالفه أصحابه . وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشيء
 خمر أو خنازير ، ويتصدق بها على أهل الذمة . وهذه وصايا باطلة ، وأفعال محرمة ؛
 لأنها مفصية ، فلم تصح الوصية بها ، كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور . وإن وصى
 لكتب التوراة والإنجيل ، لم تصح ؛ لأنها كتب منسوخة ، وفيها تبديل ، والاشتغال
 بها غير جائز ، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة (١٧) .
 وذكر القاضي أنه لو أوصى لحضر البيع وقنديلها ، وما شاكل ذلك ، ولم يقصد
 إعطائها بذلك ، صحت الوصية ؛ لأن الوصية لأهل الذمة ، فإن النفع يعود إليهم ،
 والوصية لهم صحيحة . والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به ؛ لأن ذلك إنما هو
 إعانة لهم على معصيتهم ، وتعظيم لکنائسهم . ونقل عن أحمد كلام يدل (١٨) على
 صحة (١٨) الوصية من الذمى بخدمة الكنيسة . والأول أولى وأصح . وإن وصى ببناء
 بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب ، صح ؛ لأن بناء مساكنهم ليس
 بمفصية .

٩٧٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَةٍ ، لَمْ يَغْطَ مِنْ فِيهَا مِنَ الْكُفَّارِ ،
 إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُمْ)

يعني به المسلم ، إذا أوصى لأهل قريته أو لقريته بلفظ عام ، يدخل فيه مسلمون
 وكفار ، فهي للمسلمين خاصة ، ولا شيء للكفار . وقال الشافعي : يدخل فيه
 الكفار ؛ لأن اللفظ (١) يتناولهم بعمومه ، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته

(١٧) أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ ... ، سنن الدارمي ١/ ١١٥ ، ١١٦ .
 والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٨٧ .
 (١٨ - ١٨) في م : (لصفحة) .
 (١) في زيادة : « عام » .

أَوْ قَرَاتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ، فَكَذَلِكَ الْمُسْلِمُ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١) . فَلَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْكَافِرُ إِذَا كَانَ الْمَيِّتُ مُسْلِمًا ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلُوا فِي وَصِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى ، مَعَ عُمُومِ اللَّفْظِ ، فَكَذَلِكَ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَلِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ الْكَافَرَ ، لِمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ مِنْ عَدَاوَةِ الدِّينِ ، وَعَدَمِ الْوَصْلَةِ ، الْمَانِعِ / مِنَ الْمِيرَاثِ ، وَوُجُوبِ التَّفَقُّعِ عَلَى فَقِيرِهِمْ ، وَلِذَلِكَ خَرَجُوا مِنْ عُمُومِ اللَّفْظِ فِي الْأَوْلَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَزْوَاجِ ، وَسَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعَامَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، فَكَذَا هُنَا ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الْمِيرَاثِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِهِمْ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ ^(٢) الْمَقَالِ لَا يُعَارِضُ بَقَرِيَّةَ الْحَالِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُمْ وَأَهْلُ الْقَرْيَةِ كُلُّهُمْ كُفَّارًا ، أَوْ وَصَّى لِقَرَاتِهِ ، وَكُلُّهُمْ ^(٣) كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَخْصِيصَهُمْ ، إِذْ فِي إِخْرَاجِهِمْ رَفْعَ اللَّفْظِ بِالْكُلِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ وَاحِدًا ، وَالباقى كُفَّارًا ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ إِخْرَاجَهُمْ بِالتَّخْصِيصِ هُنَا بَعِيدٌ ، وَفِيهِ مُخَالَفَةُ الظَّاهِرِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مُخَالَفَةُ لَفْظِ الْعُمُومِ . وَالثَّانِي ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدَّالِّ عَلَى الْجَمْعِ عَلَى الْمَفْرَدِ ^(٤) . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ أَهْلِهَا كُفَّارًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ حَمْلَ اللَّفْظِ عَلَيْهِمْ ، وَصَرَّفَهُ إِلَيْهِمْ ، وَالتَّخْصِيصُ يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِإِخْرَاجِ الْأَكْثَرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَدْخُلَ الْكَافَرُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّخْصِيصَ فِي مِثْلِ هَذَا بَعِيدٌ ، فَإِنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النَّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وَتَخْصِيصُ الْأَكْثَرِ بَعِيدٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى دَلِيلٍ قَوِيٍّ . وَالحُكْمُ فِي سَائِرِ الْأَلْفَاظِ الْعُمُومِ ، مِثْلُ أَنْ يُوصَى لِإِخْوَتِهِ ، أَوْ عُمُومَتِهِ ، أَوْ بَنِي عَمِّهِ ، أَوْ لِلْبَنَاتِ ، أَوْ لِلْمَسَاكِينِ ، كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَوْصَى بِذَلِكَ كَافِرًا ، فَإِنَّ وَصِيَّتَهُ تَتَنَاولُ أَهْلَ دِينِهِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَتَنَاولُهُمْ ، وَقَرِيْنَتُهُ حَالِهِ إِذَا دُخِلَ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ وَصِيَّةَ الْمُسْلِمِ الَّتِي يَدْخُلُ فِيهَا أَهْلُ دِينِهِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) في الأصل : « تصریح » .

(٤) في الأصل : « وجميعهم » .

(٥) في م : « المفردة » .

المُسْلِمُونَ ؟ نَظَرْنَا ، فَإِنْ وُجِدَتْ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى دُخُولِهِمْ ، مِثْلُ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الْقَرْيَةِ إِلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا كَافِرٌ وَاحِدٌ ، وَسَائِرُ أَهْلِهَا مُسْلِمُونَ ، وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَايِنُ ، فَفِي دُخُولِهِمْ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَدْخُلُونَ ، كَمَا لَمْ يَدْخُلِ الْكُفَّارُ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، يَدْخُلُونَ ؛ لِأَنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَهُمْ أَحَقُّ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، فَلَا يُصَرَّفُ اللَّفْظُ عَنْ مُقْتَضَاهُ ، وَمَنْ هُوَ أَحَقُّ بِحُكْمِهِ إِلَى غَيْرِهِ . / وَإِنْ كَانَ فِي الْقَرْيَةِ كَافِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ دِينِ الْمُوصِي ، لَمْ يَدْخُلْ فِي وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ حَالِ الْمُوصِي تُخْرِجُهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَا وَجِدَ فِي الْمُسْلِمِ مِنَ الْأُولَوِيَّةِ ، فَبَقِيَ خَارِجًا بِحَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَخْرُجَ ، بِنَاءً عَلَى تَوْرِيثِ الْكُفَّارِ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ مَعَ ^(١) اخْتِلَافٍ فِيهِمْ .

٩٧٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَمَنْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ ، وَلَا عَصَبَةَ لَهُ ، وَلَا مَوْلَى لَهُ ^(١)) ، فَجَائِزٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ لَمْ يَخْلُفْ مِنْ وُورَائِهِ عَصَبَةً ، وَلَا إِذَا فُرِضَ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ جَائِزَةٌ بِكُلِّ مَالِهِ . ثَبَتَ هَذَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ قَالَ عَبِيدَةُ السُّلَمَانِيُّ ، وَمُسْرُوقٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ . وَالرِّوَايَةُ الْأُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثَّلَاثُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَنْ يَفْعَلُ عَنْهُ ، فَلَمْ تُنْفَذْ وَصِيَّتُهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِهِ ، كَمَا لَوْ تَرَكَ وَارِثًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ إِنَّمَا كَانَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ بِهِ ^(٢) ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَكْفُفُونَ النَّاسَ » ^(٣) . وَهَهُنَا

(١) فِي ١ ، م : ١ : عَلَى ١ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ١ ، م .

(٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي : ٦ / ٣٧ .

لا وَارِثَ لَهُ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ ^(٤) بِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ ، وَلَأنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَالِهِ حَقٌّ وَارِثٌ وَلَا غَرِيمٌ ، أَشْبَهَ حَالَ الصَّحَّةِ أَوْ أَشْبَهَ الثَّلَثَ .

فصل : وَإِنْ خَلَّفَ ذَا قَرَضٍ ، لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، كَبَيْتٍ ، أَوْ أُمٍّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَثِ ؛ لِأَن سَعْدًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : لَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي . فَمَنْعَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَثِ ^(٥) . وَلَأنَّهُمَا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمَالِ بِالْقَرَضِ وَالرَّذْ ^(٦) ، فَأَشْبَهَتْ الْعَصْبَةَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ ، أَوْ لِلرَّجُلِ امْرَأَةٌ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَنْقُصُ حَقَّهُ ، لِأنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ قَرْضَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَنْبٍ ﴾ ^(٧) . فَأَمَّا ذَوُو ^(٨) الْأَرْحَامِ / ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةَ بِجَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِقَوْلِهِ : « وَلَا عَصْبَةٌ لَهُ وَلَا مَوْلَى لَهُ » . وَكَذَلِكَ لِأَنَّ ذَا الرَّجْمِ إِرْثُهُ كَالْفَضْلَةِ وَالصَّلَةِ ، وَلِذَلِكَ لَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ شَيْءٌ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الرَّذِّ وَالْمَوْلَى ، وَلَا ^(٩) تَجِبُ نَفَقَتُهُ . وَيَخْتَلِمُ أَنْ لَا تَنْفَذَ وَصِيَّتُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَارِثًا ، فَيَدْخُلُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ ^(١٠) وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وَلَأنَّهُمْ وَرَثَتُهُ يَسْتَحِقُّونَ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَصِلَتُهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهُوا ذَوِي الْقُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ ، وَتَقْدِيمُ غَيْرِهِمْ عَلَيْهِمْ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِمْ لَهُمْ فِي مَسَائِلِنَا ، كَذَوِي الْقُرُوضِ الَّذِينَ يَحْتَجُّ بِبَعْضِهِمْ بَعْضًا وَالْعَصَبَاتِ .

فصل : فَإِنْ خَلَّفَ ذَا قَرَضٍ لَا يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، وَقَالَ : أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ ثَلَاثِي ، عَلَى

(٤) ق م : « حَقٌّ » .

(٥) تقدم غريبه في : ٦ / ٣٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) ق م : « ذُو » .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل ، ا : « تترك » .

أنه لا ينقصُ ذا الفَرَضِ شيئاً من فَرَضِهِ . أو خَلَفَ امْرَأَةً ، وقال : أَوْصَيْتُ لَكَ بِمَا فَضَّلَ من المَالِ عن فَرَضِهَا . صَحَّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ ذَا الْفَرَضِ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ ، لَوْلَا الْوَصِيَّةُ ، فَلَا فَرْقَ في الْوَصِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهَا من رَأْسِ الْمَالِ أَوْ من الزَّائِدِ على الْفَرَضِ . وَأما الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، فَتَنْبَيُّ على الْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ ، فَإِنْ قُلْنَا : تَصِيحٌ ثُمَّ . صَحَّتْ هُنَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ عن فَرَضِ الزَّوْجَةِ مَالٌ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لم تَكُنْ زَوْجَةً . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَصِيحٌ ثُمَّ . فَهُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ بَيْتَ الْمَالِ جُعِلَ كَالْوَارِثِ ^(١) ، فَصَارَ كَأَنَّهُ ذُو وَرَثَةٍ يَسْتَفْرِقُونَ الْمَالَ إِذَا عَيَّنَّ الْوَصِيَّةَ من نَصِيبِ الْعَصَبَةِ مِنْهُمْ ، فعلى هَذَا يُعْطَى الْمُوصَى له الثُّلُثُ من رَأْسِ الْمَالِ ، وَيَسْقُطُ تَخْصِيصُهُ .

٩٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِكُلِّ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ عَتَقِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ)

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لعبده بجزءٍ شائعٍ من ماله ، كثلثٍ أو ربعٍ أو / سدسٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، فَإِنْ خَرَجَ الْعَبْدُ مِنَ الْوَصِيَّةِ ، عَتَقَ ، وَاسْتَحَقَّ بِاقِيهَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْوَصِيَّةِ . وبهذا قال الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنَّهُمْ قَالُوا : إِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، سَعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وقال الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، إِلَّا أَنْ يُوصَى بِعَتَقِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لِمَالٍ ^(١) يَصِيرُ لِلْوَرَثَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجُزْءَ الشَّائِعَ يَتَنَاوَلُ نَفْسَهُ أَوْ بَعْضَهَا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ من جُمْلَةِ الثُّلُثِ الشَّائِعِ ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُ بِنَفْسِهِ تَصِيحٌ وَيَعْتَقُ ، وَمَا فَضَلَ يَسْتَحِقُّهُ ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُرًّا ، فَيَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ : اغْتَفُوا عَبْدِي مِنْ ثُلْثِي ، وَأَعْطُوهُ

٥١/٦ و

(١) في م : « كوارث » .

(٢) في ا ، م : « بمال » .

(٣) في م : « بعضه » .

(٣) في الأصل : « استحقه » .

(٤) «ما فَضَّلَ» منه ، وفَارَقَ ما إذا أَوْصَى بِمُعَيَّنٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ شَيْئًا مِنْهُ .

فصل : فَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ ، كَتُوبٍ أَوْ دَارٍ أَوْ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، فِي قَوْلِ الْأَكْثَرِينَ . وَبِهِ يَقُولُ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةَ أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ : إِنْ شَاءَ الْوَرَثَةُ أَجَازُوا ، وَإِنْ شَاءُوا رَدُّوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثَةِ ، فَمَا وَصَّى بِهِ لَهُ فَهُوَ لَهُمْ ، فَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَوَرَثَتِهِ بِمَا يَرْتُوهُ ، فَلَا فَائِدَةَ فِيهِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِمُشَاعٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِرَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ ، يَعْتَقُ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَنْ لَا يَمْلِكُهُ عَلَى الدَّوَامِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى (٥) بِهِ لِأَبِيهِ ، وَلَأَنَّ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ لَهُ بِرَقَبَتِهِ عَتَقَهُ ، لِعِلْمِهِ بِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فَصَارَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ كِنَايَةً عَنْ إِعْتَاقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ رَقَبَتِهِ ، فَهُوَ تَذْيِيرٌ لَذَلِكَ الْجُزْءِ ، وَهَلْ يَعْتَقُ (٦) جَمِيعَهُ إِذَا حَمَلَهُ الثُّلُثُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ فِيْمَا إِذَا دَبَّرَ بَعْضُ عَبْدِهِ وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : / يَسْعَى فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ . وَهَذَا شَيْءٌ يَأْتِي فِي بَابِ الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِمُكَاتَبَةٍ (٧) ، أَوْ مُكَاتَبٍ وَارِثَةٍ ، أَوْ مُكَاتَبٍ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ أَوْصَى لَهُ بِجُزْءٍ شَائِعٍ أَوْ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ وَرَثَتَهُ لَا يَسْتَحِقُّونَ الْمُكَاتَبَ ، وَلَا يَمْلِكُونَ مَالَهُ . وَإِنْ أَوْصَى لِأُمِّ وَلَدِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ حِينَ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ . وَقَدْ

(٤ - ٤) في م : « فافضل » .

(٥ - ٥) في م : « بأبيه » .

(٦) في أ ، م : « يعتقه » .

(٧) في أ : « بمكاتبة » .

رَوَى عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّهُ أَوْصَى لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ^(٨) . رَوَاهُ سَعِيدٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْخُصَيْنِ . وَبِهِ قَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَإِنْ وَصَّى لِمُدْبِرِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ خَرَّاحِينَ لِرُومِ الْوَصِيَّةِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ . وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْ مِنَ الثَّلَاثِ هُوَ وَالْوَصِيَّةُ جَمِيعًا ، قُدِّمَ عَقْبُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَعُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَفْتَقِرُ بَعْضُهُ ، وَيَمْلِكُ مِنَ الْوَصِيَّةِ بِقَدَرِ مَا عَقَّقَ مِنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَصَّى لِعَبْدِهِ وَصِيَّةً صَحِيحَةً ، فَيُقَدِّمُ عَقْبُهُ عَلَى مَا يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْمَالِ ، كَأَنَّهُ وَصَّى لِعَبْدِهِ الْفَرَسَ بِشُعَاعٍ مِنْ مَالِهِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ غَيْرِهِ ، صَحَّ ، وَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ^(٩) ، وَالْقَبُولُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ مُضَافًا إِلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَالُ وَهَبَ شَيْئًا ، فَإِذَا قَبِلَ ثَبَتَ لِسَيِّدِهِ ، لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَلَا تَفْتَقِرُ فِي الْقَبُولِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ كَسْبٌ ، فَصَحَّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كَالْأَخِطَابِ . وَهَذَا قَوْلُ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلِأَصْحَابِهِ وَجْهٌ آخَرُ ^(١٠) ، أَنَّ الْقَبُولَ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ مِنَ الْعَبْدِ ، فَأُشْبِهَ بَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَحْصِيلُ مَالٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَتَحْصِيلِ الْمُبَاحِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدٍ وَارِثِهِ ، فَهِيَ كَالْوَصِيَّةِ لِوَارِثِهِ ، يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ يَسِيرًا جَازَ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ ، وَإِنَّمَا لِسَيِّدِهِ أَخْذُهُ مِنْ يَدِهِ ، فَإِذَا وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ يَسِيرٍ ، عَلِمَ أَنَّهُ قَصَدَ بِذَلِكَ الْعَبْدَ / ، دُونَ سَيِّدِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَُا وَصِيَّةٌ لِعَبْدٍ وَارِثِهِ ، فَأُشْبِهَتْ الْوَصِيَّةَ

و ٥٢/٦

(٨) في ١ ، م زيادة : ٤ أربعة آلاف . وهي زيادة في سنن الدارمي . وأخرجه سعيد ، في : وصية الصبي . السنن ١٢٨/١ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب من أوصى لأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٤٢٣/٢ .

(٩) سقط من : م .

بالكثير ، وما ذكره^(١٠) من ملك العبد ممنوع ، ولا اعتبار به ، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه ، فهو كالكثير .

فصل : وإذا أوصى بعقبي أمته ، على أن لا تزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج . عَقْتُ . فإن تزوجت بعد ذلك ، لم تبطل عتقها . وهذا مذهب الأوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه . وإن أوصى لأُم وَلَدِهِ بِالْف ، على أن لا تزوج ، أو على أن تثبت مع ولده ، ففعلت ، وأخذت الألف ، ثم تزوجت وتركته ولده ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، تبطل وصيتها ؛ لأنه فات الشرط ، فقالت الوصية ، وفارق العتق ، فإنه لا يمكن رفعه . والثاني ، لا تبطل وصيتها . وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأن وصيتها صحت ، فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها ، كالأولى .

فصل : واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ؛ فقال ابن حاتم : تجوز الوصية له . واحتج بقول أحمد ، في من جرح رجلاً خطأ ، فقفا المجروح . فقال أحمد : يعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصية لقاتل . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وأظهر قول الشافعي ، رضى الله عنه ؛ لأن الهبة له تصح ، فصحت الوصية له ، كالذمي . وقال أبو بكر : لا تصح الوصية له ؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده ، بطل تدييره ، والتدبير وصية . وهذا قول الثوري ، وأصحاب الرأي ؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكذ من الوصية ، فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنع . وقال أبو الخطاب : إن وصى له بعد جرحه ، صح ، وإن وصى له قبله ، ثم طرأ القتل على الوصية ، أبطلها ، جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين . وهو قول الحسن بن صالح . وهذا قول حسن ؛ لأن

(١٠) في م : ذكره .

الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الْجَرْحِ صَدَرَتْ / مِنْ أَهْلِهَا فِي مَحَلِّهَا ، وَ لَمْ يَطْرَأْ عَلَيْهَا مَا يُبْطِلُهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ طَرَأَ عَلَيْهَا فَابْطَلَهَا ، لِأَنَّهُ يُبْطِلُ مَا هُوَ آكَدُ مِنْهَا ، يُحَقِّقُهُ ^(١) أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا مَنَعَ الْوِثَاقَ ، لِكَوْنِهِ بِالْقَتْلِ اسْتَعْجَلَ الْوِثَاقُ الَّذِي انْعَقَدَ سَبَبُهُ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ، وَهُوَ مَنَعُ الْوِثَاقِ ، دَفْعًا لِمُفْسَدَةِ قَتْلِ الْمَوْرُوثَيْنِ ، وَلِذَلِكَ بَطَلَ التَّذْيِيرُ بِالْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَيْهِ أَيْضًا ، وَهَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي الْقَتْلِ الطَّارِئِ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ رَبَّمَا اسْتَعْجَلَهَا بِقَتْلِهِ . وَفَارَقَ الْقَتْلَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِهِ اسْتِعْجَالَ مَالٍ ، لِعَدَمِ انْعِقَادِ سَبَبِهِ ، وَالْمَوْصِي رَاضٍ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ بَعْدَ صُدُورِ مَا صَدَرَ مِنْهُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَا فِي هَذَا ، كَمَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بِذَلِكَ فِي الْوِثَاقِ ، وَعَلَى هَذَا مَتَى دَبَّرَ عَبْدُهُ بَعْدَ جَرْحِهِ إِيَّاهُ ، صَحَّ تَذْيِيرُهُ .

٩٧٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا قَالَ : أَحَدُ عَبْدَيْ خُرٍّ . أَقْرِعْ ^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ خُرٌّ ، إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ)

وَجَمَلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ عَبْدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَيُخْرَجُ الْخُرُّ بِالْقُرْعَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لَهُ تَعْيِينُ أَحَدِهِمَا بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لِأَنَّهُ عِتَقَ مُسْتَحَقًّا فِي غيرِ مُعَيَّنٍ ، فَكَانَ التَّعْيِينُ إِلَى الْمُعْتَقِ ، كَالْعِتَقِ فِي الْكُفَّارَةِ ، وَكَالْوَقَالِ لَوَرَّثْتَهُ : أُعْتِقُوا عَنِّي عَبْدًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عِتَقَ اسْتَحَقَّهُ وَاحِدًا مِنْ جَمَاعَةٍ مُعَيَّنِينَ ، فَكَانَ إِخْرَاجُهُ بِالْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أُعْتَقَهُمَا فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثَلَاثَةٍ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، وَدَلِيلُ الْحُكْمِ فِي الْأَصْلِ ، حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ^(٢) . فَأَمَّا الْعِتَقُ فِي الْكُفَّارَةِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَسْتَحَقَّهُ أَحَدٌ ، إِنَّمَا اسْتَحَقَّ عَلَى الْمُكْفَرِ التَّكْفِيرُ . وَأَمَّا إِذَا قَالَ : أُعْتِقُوا عَنِّي عَبْدًا . فَإِنْ لَمْ يُضَفْهُ إِلَى عَبِيدِهِ ، وَلَا إِلَى جَمَاعَةٍ سِوَاهُمْ ، فَهُوَ كَالْمُعْتَقِ فِي الْكُفَّارَةِ . وَإِنْ قَالَ : أُعْتِقُوا أَحَدَ عَبِيدِي . اخْتَمَلَ أَنْ نَقُولَ بِإِخْرَاجِهِ بِالْقُرْعَةِ كَمَسْأَلَتِنَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يُرْجَعَ فِيهِ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ . وَأَصْلُ

(١) فِي م : : وَحَقَّقَهُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، أ : : قَرَعَ .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

الوجهين مالو / وصى لرجل عبده من عبده ، هل يُعطى أحدهم بالقرعة ، أو يرجع فيه (٣) إلى اختيار الورثة ؟ وسأئتي الكلام عليها . والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه ، أنه (٤) جعل الأمر إلى الورثة ، حيث أمرهم بالإعتاق ، فكانت الخيرة إليهم ، وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً ، فلا يكون لهم خيرة .

فصل : ونقل صالح عن أبيه ، في من له غلامان اسمهما واحد ، فقال : فلان حر بعد موتي . وله مائتا درهم . ولم يُعَيِّنْهُ ، يُفَرِّعُ بينهما ، فيعتق من خرج له القرعة ، وليس له من المائتين شيء . ووجه ذلك - والله أعلم - أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ، ولا تصح الوصية إلا لمعين . وقال القاضي : يجب أن تصح هذه الوصية ؛ لأنها مستحقة حر في حال استحقاقها . ونقل عن أحمد ، في من قال : أعتقوا ربة عني . فلا يعتق عنه إلا مسلم ؛ وذلك لأن المطلق من (٥) كلام الآدمي يُحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ولما أمر الله تعالى بتحرير ربة ، لم يتناول إلا المسلم ، فكذلك الآدمي .

٩٧٧ - مسألة : قال : (وإذا أوصى أن يشتري عبداً زيد بخمسمائة ، فيعتق ، فلم يفعله سيده ، فإلخمس مائة للورثة . وإن اشتروه بأقل ، فما فصل فهو للورثة)

أما إذا تعدد شراؤه ، إما لامتناع سيده من بيعه ، أو من بيعه بالخمسمائة ، وإما لموته ، أو لعجز الثلث عن ثمنه ، فالثلث للورثة ؛ لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها ، فأشبهه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي ، أو بعده ولم يدع وارثاً . ولا يلزمهم شراء عبداً آخر ؛ لأن الوصية لمعين ، فلا تُصرف إلى غيره . وأما إن اشتروه بأقل ، فالباقي للورثة . وقال الثوري : يُدفع جميع الثمن إلى سيد العبد ؛ لأنه قصد

(٣) سقط من : ١ ، م .

(٤) في الأصل زيادة : ١ لو .

(٥) في م : ١ في .

إِرْفَاقَهُ بِالثَّمَنِ^(١) وَمُحَابَاتِهِ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : يَبْعُهُ عَبْدِي بِخُمْسِمَائَةٍ . وَبِقِيمَتِهِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَكَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ فَلَانَ حَاجَةً بِخُمْسِمَائَةٍ . وَقَالَ إِسْحَاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ فِي الْعِتْقِ ، / كَأَلَوْ أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخُمْسِمَائَةٍ ، رُدَّ مَا فَضَّلَ فِي الْحَجِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَائِهِ بِخُمْسِمَائَةٍ ، فَكَانَ مَا فَضَّلَ مِنَ الثَّمَنِ رَاجِعًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ وَكُلَّ فِي شِرَائِهِ فِي حَيَاتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ رَجُلٌ بِخُمْسِمَائَةٍ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ ثُمَّ إِرْفَاقَ الَّذِي يَحُجُّ بِالْفَضْلَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْمَقْصُودُ الْعِتْقُ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا أَوْصَى أَنْ يَحُجَّ عَنْهُ بِخُمْسِمَائَةٍ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثُمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فَصُرِفَ جَمِيعُهَا فِيهِ ، وَهُنَا الْمُعَيَّنُ ، فَلَا تَعْدَاهُ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ قَصَدَ إِرْفَاقَ زَيْدٍ بِالثَّمَنِ وَمُحَابَاتِهِ بِهِ . فَنَقُولُ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ ثُمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، إِمَّا لَكُونَ الْبَائِعِ صَدِيقًا لَهُ ، أَوْ إِذَا حَاجَةً ، أَوْ مِنْ أَهْلِ الْفَضْلِ الَّذِينَ يُقْصِدُونَ هَذَا ، أَوْ عَيْنَ هَذَا الثَّمَنِ وَهُوَ يَعْلَمُ حُصُولَ الْعَبْدِ بِدُونِهِ ؛ لِإِلْقَاءِ قِيمَتِهِ ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمَنِ إِلَى زَيْدٍ ، كَأَلَوْ صَرَخَ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : وَادْفَعُوا إِلَيْهِ جَمِيعَهَا ، وَإِنْ بَذَلَهُ بِدُونِهَا . وَإِنْ انْعَدَمَتْ هَذِهِ الْقَرَائِنُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِذَا قَصَدَ الْعِتْقَ ، وَقَدْ حَصَلَ ، فَكَانَ الْفَاضِلُ عَائِدًا إِلَيْهِ ، كَأَلَوْ أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ فِي حَيَاتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدٌ بِأَلْفٍ ، فَبِعَتْقِ عَنْهُ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ ثُلْثِهِ ، اشْتَرَى عَبْدٌ بِمَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ ، فَلَا يَجُوزُ لِلْمَأْمُورِ الشَّرَاءَ بِدُونِهِ ، كَأَلَوْ كِيلَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَصِيَّةٌ يَجِبُ تَنْفِيدُهَا إِذَا احْتَمَلَهَا الثُّلْثُ ، فَإِذَا لَمْ يَحْتَمِلْهَا وَجَبَ تَنْفِيدُهَا فِي مَا حَمَلَهُ ، كَأَلَوْ وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدٍ فَلَمْ^(٢) يَحْتَمِلْهُ الثُّلْثُ ، وَفَارَقَ الْوَكَالَاتِ ، فَإِنَّهُ لَوْ وَكَّلَهُ فِي إِعْتَاقِ عَبْدٍ لَمْ يَمْلِكْ إِعْتَاقَ بَعْضِهِ ، وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ ، لَا عِتْقَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ

(١) فِي مِ زِيَادَةَ : ٥ مُحَابَاتِهِ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الثُّلُثُ . فَأَمَّا إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، فَاشْتَرَاهُ وَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ الْمَالَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَيُرَدُّ الْعَبْدُ إِلَى الرَّقِّ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بَعِيْنُ الْمَالِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الشِّرَاءَ بَاطِلٌ بِكَوْنِهِ اشْتَرَى بِمَالٍ مُسْتَحَقٍّ لِلْغُرَمَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الشِّرَاءُ فِي الذِّمَّةِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَتَفَذَّ الْعَتَقُ / ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي غَرَامَةٌ تَمْنِيهِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا غَرَّهُ ، إِنَّمَا غَرَّهُ الْمُوصِي ، وَلَا تَرِكَةٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشَارِكَ الْغُرَمَاءُ فِي التَّرِكَةِ ، وَيَضْرِبُ مَعَهُمْ بِقَدْرِ دَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ لَزِمَهُ بِتَقْرِيرِ الْمُوصِي ، فَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِذَا كَانَ مَيْتًا لَزِمَهُ فِي تَرِكَتِهِ ، كَأَنْشُرِ جَنَاتِهِ .

و ٥٤/٦

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ وَأَطْلَقَ ، أَوْ وَصَّى بِبَيْعِ عَبْدِهِ وَأَطْلَقَ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا بَدْءَ لَهَا مِنْ مُسْتَحَقٍّ ، وَلَا مُسْتَحَقٍّ هُنَا . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ بِشَرْطِ الْعَتَقِ ، صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ ، وَبِيعَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِي الْبَيْعِ هُنَا تَفْعَالٌ لِلْعَبْدِ بِالْعَتَقِ . فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مَنْ يَشْتَرِيهِ كَذَلِكَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَدُّهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِشِرَاءِ عَبْدٍ لِيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبِعْهُ سَيِّدُهُ . وَإِنْ وَصَّى بِبَيْعِهِ لِرَجُلٍ بِعَيْنِهِ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، بِيعَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ . وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ ثَمَنًا ، بِيعَ بِقِيمَتِهِ ، وَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِكَوْنِهِ قَصْدًا لِإِصَالِ الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ إِلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْغَرَضُ بِإِزْفَاقِ الْعَبْدِ بِإِصَالِهِ إِلَى مَنْ هُوَ مَعْرُوفٌ بِحُسْنِ الْمَلَكَةِ ، وَإِعْتَاقِ الرُّقَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ إِزْفَاقَ الْمُشْتَرِي لِمَعْنَى يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ . فَإِنْ تَعَدَّرَ بَيْعُهُ لَذَلِكَ الرَّجُلِ ، أَوْ أَبَى أَنْ يَشْتَرِيَهُ بِالثَّمَنِ ، أَوْ بِقِيمَتِهِ إِنْ لَمْ يُعَيِّنِ الثَّمَنَ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٩٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وَقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، وَلَا آخَرَ بِلُثْثِ مَالِهِ ، وَمِلْكُهُ غَيْرُ الْعَبْدِ مِائَتًا دِرْهَمٍ ، فَأَجَازَ الْوَرَقَةَ ذَلِكَ ^(١)) ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِاللُّثْثِ ثُلُثُ الْمَاتِنِ وَرُبُعُ الْعَبْدِ ، وَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ لثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ . وَإِنْ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

لَمْ يُعْزِرِ الْوَرِثَةَ ذَلِكَ ، فَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سُدُسُ الْمَائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَلَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالْعَبْدِ نِصْفَهُ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ ، فِي الْعَبْدِ (

٥٤/٦ ظ

وجملته أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولا آخر بجزءٍ مُشاعٍ منه ، / كلُّثِ المالِ ورُبْعِهِ ، فَأَجِيزَ لهما ، انْفَرَدَ صَاحِبُ الْمُشَاعِ بِوَصِيَّتِهِ مِنْ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ ، ثُمَّ شَارَكَ صَاحِبُ الْمُعَيَّنِ فِيهِ ، فَيَقْتَسِمَانِهِ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ حَقِّهِمَا فِيهِ ، وَيَدْخُلُ النُّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، كَمَسَائِلِ الْعَوْلِ ، وَكَالْوَأُوصَى لِرَجُلٍ بِمَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بجزءٍ منه . فَأَمَّا فِي حَالِ الرَّدِّ ، فَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُمَا لَا تَجَاوِزُ الثُّلُثَ ، مِثْلُ أَنْ يُوصِيَ لِرَجُلٍ بِسُدُسِ مَالِهِ ، وَلَا آخَرَ بِمُعَيَّنٍ قِيَمَتُهُ سُدُسُ الْمَالِ ، فَهِيَ كَحَالِ الْإِجَازَةِ سِوَاهُ ، إِذْ لَا أَثَرَ لِلرَّدِّ . وَإِنْ جَاوَزَتْ ^(٢) ثُلُثَهُ ، رَدَدْنَا وَصِيَّتَهُمَا إِلَى الثُّلُثِ ، وَقَسَمْنَاهُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا ، إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ الْمُعَيَّنِ يَأْخُذُ نَصِيبَهُ مِنَ الْمُعَيَّنِ ، وَالْآخَرُ يَأْخُذُ حَقَّهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ . هَذَا ^(٣) قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، وَسَائِرِ الْأَصْحَابِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُمَا فِي حَالِ الرَّدِّ يَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ ، عَلَى حَسَبِ مَا لَهُمَا فِي الْإِجَازَةِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ فِي الرَّدِّ : يَأْخُذُ صَاحِبُ الْمُعَيَّنِ نَصِيبَهُ مِنْهُ ، وَيَضُمُّ الْآخَرُ سَهَامَهُ إِلَى سَهَامِ الْوَرِثَةِ ، وَيَقْتَسِمُونَ الْبَاقِيَ عَلَى خَمْسَةٍ ، فِي مِثْلِ مَسْأَلَةِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ لَهُ السُّدُسَ ، وَلِلْوَرِثَةِ أَرْبَعَةَ أَسْدَاسٍ . وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، إِلَّا أَنَّ الْخِرَقِيَّ يُعْطِيهِ السُّدُسَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَأْخُذُ خُمْسَ الْمَائَتَيْنِ وَعَشَرَ الْعَبْدِ ، وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَصِيِّينِ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ الْمَالِ ، وَقَدْ رَجَعَتِ الْوَصِيَّتَانِ إِلَى الثُّلُثِ ، وَهُوَ نِصْفُ الْوَصِيَّتَيْنِ ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، وَيَدْخُلُ النُّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدَرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ١ : جَاوَزَ .

(٣) فِي ١ ، م : زِيَادَةٌ هُوَ .

وفي قول الخرقى رحمه الله عليه : يَأْخُذُ^(١) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وَصِيَّتِهِ مِنَ الْمَحَلِّ
الَّذِي وَصَّى لَهُ مِنْهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ يَأْخُذُ سُدُسَ الْجَمِيعِ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِثُلُثِ
الْجَمِيعِ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا ، فَإِنَّ وَصِيَّةَ صَاحِبِ الْعَبْدِ دُونَ وَصِيَّةِ صَاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ
وَصَّى لَهُ بِشَيْءٍ أَشْرَكَ مَعَهُ غَيْرَهُ فِيهِ كُلَّهُ ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ أَفْرَدَهُ بِشَيْءٍ لَمْ يُشَارِكْهُ فِيهِ
غَيْرُهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ حَالَةَ الرَّدِّ عَلَى حَسَبِ مَا لَمْ يَمْشِ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ ،
كَمَا فِي سَائِرِ الْوَصَايَا ، فَقِي^(٣) (مَسْأَلَةُ الْخَرْقِيِّ^(٤)) هَذِهِ^(٥) ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ
سِتَّةً وَسِتُّونَ وَثَلَاثِينَ ، لَا يُزَاجِمُهُ الْآخَرُ فِيهَا ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الْعَبْدِ ، لِهَذَا ثَلَاثُهُ ، وَلِلْآخَرِ
جَمِيعُهُ ، فَابْسُطُهُ^(٦) مِنْ جِنْسِ الْكُسْرِ ، وَهُوَ الثُّلُثُ ، يَصِيرُ الْعَبْدُ ثَلَاثَةً ، وَاضْمُمْ
إِلَيْهَا الثُّلُثَ الَّذِي لِلْآخَرِ ، يَصِيرُ أَرْبَعَةً ، ثُمَّ^(٧) (٨) اقْسِمِ الْعَبْدَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَصْهُمٍ ، يَصِيرُ
الثُّلُثُ رُبْعًا ، كَمَا فِي مَسَائِلِ الْعَوْلِ . وَفِي حَالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتُهُمَا إِلَى ثُلُثِ الْمَالِ ، وَهُوَ
نِصْفُ وَصِيَّتِهِمَا ، فَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ، فَيَرْجِعُ صَاحِبُ الثُّلُثِ إِلَى
سُدُسِ الْجَمِيعِ ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ الْعَبْدِ إِلَى نِصْفِهِ . وَفِي قَوْلِنَا يُضْرَبُ مَخْرَجُ الثُّلُثِ
فِي مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، يَكُونُ اثْنَا عَشَرَ ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةِ تَكُونُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ ، فَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ
ثُلُثُ الْمَائَتَيْنِ ، وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ^(٩) مِنْ أَرْبَعِينَ^(١٠) ، وَرُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَصْهُمٍ ، صَارَ لَهُ
أَحَدُ عَشَرَ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَذَلِكَ تِسْعَةُ أَصْهُمٍ ، فَيَضُمُّهَا إِلَى سِهَامِ
صَاحِبِ الثُّلُثِ ، صَارَ الْجَمِيعُ عِشْرِينَ سَهْمًا ، فَقِي حَالِ الرَّدِّ تَجْعَلُ الثُّلُثَ عِشْرِينَ
سَهْمًا^(١١) ، وَالْمَالُ كُلُّهُ سِتُّونَ ، فَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ تِسْعَةٌ مِنَ الْعَبْدِ ، وَهُوَ رُبْعُهُ وَخُمْسُهُ ،
وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَمَانِيَةٌ مِنَ الْأَرْبَعِينَ ، وَهِيَ خُمْسُهَا ، وَثَلَاثَةٌ مِنَ الْعَبْدِ ،

(٤ - ٤) هذا مضروب عليه في الأصل ، ١ . ومكتوب بدله بقلم مغاير : « سدس جميع المال » .

(٥ - ٥) في م : « مسألتها » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧) في الأصل ، ب : « فأسقطه » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ١ .

وذلك عُشره ونصف عُشره . وإن كانت وصية صاحب المُشاع بالنصف ، فله في حال الإجازة مائة وثلاث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه ، وفي الرد لصاحب المُشاع خمس المائتين وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمساه . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب المُشاع ربع المائتين وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ، ثم تُعطى كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة . وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ، ثم تُعطى كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة . ويأتي في هذه المسألة ، أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث / خمساهما ، فلصاحب العبد خمساهما ؛ لأنه وصيته ، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمساه وصيته . وعلى الوجه الآخر ، قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكل واحد منهما ما حصل له في الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب المُشاع من المائتين نصفها ، فله ربعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه . وإن كانت المسألة بحالها ، ولملكه غير العبد ثلاثمائة ، ففي الإجازة لصاحب المُشاع مائة وخمسون وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الرد ، لصاحب المُشاع تسعاً المائتين ، ولصاحب العبد أربعة أضعافه ، على الوجه الأول . وعلى الوجه الثاني ، لصاحب العبد ربعه^(١٠) وسدسه ، وللآخر ثمنه ونصف سدسه^(١١) ، ومن المائتين ثمانون ، وهي ربعها وسدس عُشرها . وإن وصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بالعبد ، ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه ، والباقي كله للآخر . وفي الرد يُقسم الثلث بينهما على خمسة ، لصاحب العبد خمسة ، وهو ربع العبد وسدس عُشره ، وللآخر أربعة أضعافه ، فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ،

(١٠) في م : أربعة .

(١١) في حاشية م : صوابه ثلثه وخمسة تسعة وللآخر تسعة وثلث خمسة .

ومن كل مائة مثل ذلك ، وهو ثمانون ديناراً . ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ، ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ، ووصى بالعبد الآخر ، ففي حال الإجازة يُقسَّم العبد بينهما نصفين ، ويُنفَرُ صاحب الثلث بثلث الباقي^(١٢) . وفي الرِّدِّ ، للموصى له بالعبد ثلثه ، وللآخر ثلثه وثلث المائة . وعلى الوجه الآخر ، لصاحب العبد رُبُعُهُ ، وللآخر رُبُعُهُ ونصف المائتين ، يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته . فإن لم تزد الوصيتان على الثلث ، كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ، ووصى لرجل بسدس ماله ، وللآخر بالعبد ، فلا أثر للرِّدِّ ههنا ، وتأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد ، وللآخر سبعة أسباعه . وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال ، فله مائة وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه . ولا أثر للرِّدِّ أيضاً ؛ لأنَّ الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه .

٩٧٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِالسَّوِيَّةِ ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهَا^(١٣)) أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمٍ ذِي الْقَرْبَى)

وجملته أنَّ الرجل إذا أوصى لقرباته ، أو لقراية فلان ، كانت الوصية لأولاده ، ولأولاد^(١٤) أبيه ، وأولاد جدّه ، وأولاد جد أبيه ، ويستوى فيه^(١٥) الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، ولا يُعْطَى مَنْ هو أبعد منهم شيئاً ، فلو وصى لقراية النبي ﷺ ، أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ، ولم يُعْطَ بَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَلَا بَنِي نُوْفَلٍ شَيْئاً ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا قَالَ : ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى ﴾^(١٦) . يعني قُرباء النبي ﷺ ، أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكّرناهم ، ولم يُعْطَ مَنْ هو أبعد منهم ، كبَنِي عَبْدِ شَمْسٍ وَنُوْفَلٍ شَيْئاً ، إِلَّا أَنَّهُ أُعْطِيَ بَنِي الْمُطَّلِبِ ،

(١٢) في حاشية م : صوابه بنصف الباقي .

(١٣) في الأصل : به .

(١٤) في ١ ، م : أولاد .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سورة الحشر ٧ .

وَعَلَّ عَطِيَّتُهُمْ بِأَنَّهُمْ «لَمْ يُفَارِقُوا ابْنِي هَاشِمٍ، فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلَا إِسْلَامٍ»^(٥). وَلَمْ يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّهِ، وَهُمْ بَنُو زُهْرَةَ شَيْعًا، وَلَمْ يُعْطِ مِنْهُمْ^(٦) إِلَّا مُسْلِمًا، فَحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ الْمُوصَى عَلَى مَا حُمِلَ عَلَيْهِ الْمُطْلَقُ مِنْ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى، وَفُسِّرَ بِمَا فُسِّرَ بِهِ. وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرَابَتِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ، وَذَكَرَهُمْ وَأَتَنَاهُمْ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ سَوَاءً، وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْكَبِيرُ وَالصَّغِيرُ، وَالْعَنِي وَالْفَقِيرُ، وَلَا يَدْخُلُ الْكُفَّارُ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي الْمُسْتَحَقِّ مِنْ قُرْبَى النَّبِيِّ ﷺ. وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ، وَصَالِحٌ، عَنْ أَبِيهِمَا رَوَايَةً أُخْرَى، أَنَّهُ يُصَرِّفُ إِلَى قَرَابَةِ أُمِّهِ، إِنْ كَانَ يَصِلُهُمْ فِي حَيَاتِهِ، كَأَحْوَالِهِ، وَخَالَاتِهِ، وَإِخْوَتِهِ^(٧) مِنْ أُمِّهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَصِلُهُمْ، لَمْ يُعْطَوْا شَيْعًا؛ لِأَنَّ عَطِيَّتَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ عَلَى صِلَتِهِ لَهُمْ بَعْدَ مَمَاتِهِ، وَلَا فَلَ. وَعَنْهُ رَوَايَةٌ أُخْرَى، أَنَّهُ يُجَاوِزُهَا أَرْبَعَةَ آبَاءٍ. ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى، فِي «الْإِرْشَادِ». وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّ لَفْظَهُ لَا يَتَّقِدُ بِالْقَيْدِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، فَعَلَى هَذَا يُعْطَى كُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، الَّذِينَ يُنْسَبُونَ إِلَى الْأَبِ الْأَدْنَى الَّذِي يُنْسَبُ إِلَيْهِ. وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّهُمْ قَرَابَةٌ، فَيَتَنَاوَلُهُمُ الْاسْمُ، وَيَدْخُلُونَ فِي عُمُومِهِ. وَإِعْطَاءُ النَّبِيِّ ﷺ لِبَعْضِ قَرَابَتِهِ، تَخْصِصٌ لَا يَمْنَعُ مِنْ^(٨) الْعَمَلِ بِالْعُمُومِ^(٩) فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ. قَالَ^(١٠) أَبُو حَنِيفَةَ: قَرَابَتُهُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، فَيُعْطَى مِنْ أَذْنَاهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا، فَإِذَا كَانَ لَهُ عَمَّانٍ وَخَالَانِ، فَالْوَصِيَّةُ لِعَمِّهِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ، فَلِعَمِّهِ النَّصْفُ وَلِخَالَائِهِ النَّصْفُ. وَقَالَ قَتَادَةُ: لِلْأَعْمَامِ الثَّلَاثَانِ، وَلِلْأَخْوَالِ الثَّلَاثُ. وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ، قَالَ: وَيُرَادُّ الْأَقْرَبُ بَعْضَ الرِّبَاذَةِ. وَقَالَ مَالِكٌ: يُقَسَّمُ عَلَى الْأَقْرَبِ فَلَا قَرَبٍ، بِالْأَجْتِهَادِ. وَلَنَا، أَنَّ هَذَا الْاسْمَ لَهُ

٥٦/٦ ظ

(٥) تقدم تخريجه في ١١١/٤ .

(٦) في الأصل : منه .

(٧) في ١، م : وإخواته .

(٨ - ٨) في م : العموم .

(٩) في ١، م : وقد قال .

عُرِفَ في الشرع ، وهو ما ذَكَرناه ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عليه ، وَتَقْدِيمُهُ على العُرْفِ اللُّغَوِيِّ ، كالوضوء والصَّلَاةِ والصَّوْمِ والحَجِّ ، وَلَا وَجْهَ لِتَخْصِيصِهِ بِذِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، فَإِنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَقَعُ على غيرهم عُرْفًا وَشَرْعًا ، وَقَدْ تَحَرَّمُ على الرَّجُلِ رَيْبَتُهُ ، وَأُمَّهَاتُ نِسَائِهِ ، وَحَلَائِلُ آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ، وَلَا قَرَابَةَ لَهُمْ ، وَتَحِلُّ لَهُ ابْنَتُهُ عَمَّهُ ، وَعَمَّتُهُ ، وَابْنَتُ خَالِهِ وَخَالَتُهُ ، وَهُنَّ من أَقَارِبِهِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ^(١٠) من التَّفْصِيلِ لَا يَقْتَضِيهِ اللَّفْظُ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَيْهِ دَلِيلٌ ، فَالْمَصِيرُ إِلَيْهِ تَحَكُّمٌ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ على إِرَادَةِ قَرَابَةِ أُمِّهِ ، كَقَوْلِهِ : وَتَفْضُلُ قَرَاتِي من جِهَةِ أَبِي على قَرَاتِي من جِهَةِ أُمِّي . أَوْ قَوْلِهِ : إِلَّا ابْنُ خَالَتِي فَلَانَا . أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، أَوْ قَرِينَةُ تُخْرِجُ بَعْضَهُمْ ، عَمِلَ بِمَا ذَلَّتْ عَلَيْهِ الْقَرِينَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَصْرِفُ اللَّفْظَ عن ظَاهِرِهِ إلى غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ وَصَّى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، أَوْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أَوْ أَقْرَبِهِمْ به رَحْمًا ، لَمْ يُدْفَعْ إلى الْأَبْعَدِ مع وُجُودِ الْأَقْرَبِ ، فَيُقَدِّمُ الْأَبُّ على كُلِّ مَنْ أَذْلَى به من الْأَجْدَادِ وَالْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ ، وَالْإِبْنُ مُقَدَّمٌ عَلَيْهِمْ وعلى كُلِّ مَنْ أَذْلَى به . وَيَسْتَوِي الْأَبُّ وَالْإِبْنُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ/وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدُلُّ بِنَفْسِهِ من غير واسِطَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَدَّمَ الْإِبْنُ ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَ الْأَبِّ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ إِسْقَاطَهُ^(١١) تَعْصِيْبَهُ لَا يَمْنَعُ مُسَاوَاتِهِ في الْقُرْبِ ،^(١٢) وَلَا كَوْنَهُ^(١٣) أَقْرَبَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ مع بُعْدِهِ ، وَيُقَدِّمُ الْإِبْنُ على الْجَدِّ ، وَالْأَبُّ على ابْنِ الْإِبْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : يُقَدِّمُ ابْنُ الْإِبْنِ على الْأَبِّ ،^(١٤) فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ^(١٥) ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ تَعْصِيْبَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَبَّ يَدُلُّ بِنَفْسِهِ ، وَيَلِي ابْنَهُ من غير حَاجِزٍ ، وَلَا يُسْقِطُ مِيرَاثُهُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ ابْنِ الْإِبْنِ . وَالْأَبُّ وَالْأُمُّ سَوَاءٌ ، وَكَذَلِكَ الْإِبْنُ ، وَالْبَنْتُ ، وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِّ ، وَأَبُو الْأُمِّ ،

(١٠) في ١ ، م : ذكره .

(١١) في ١ ، ب ، م : إسقاط .

(١٢ - ١٣) في الأصل : ولأن أبوته .

(١٣ - ١٤) سقط من : الأصل .

وَأُمُّ الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأُمِّ ، كُلُّهُم سَوَاءٌ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْأَوْلَادِ الْأَوْلَادُ لِلْبَيْنِ وَإِنْ سَقَلُوا ، الْأَقْرَبُ
فَالْأَقْرَبُ ، الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ ، وَفِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٌ عَلَى دُخُولِهِمْ فِي
الْوَقْفِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ الْوَلَدِ الْأَجْدَادُ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَلْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُمُ الْعُمُودُ الثَّانِي ،
ثُمَّ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ ؛ لِأَنَّهُمْ وَلَدُ الْأَبِ ، أَوْ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، ثُمَّ وَلَدُهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ،
وَلَا شَيْءَ لَوْلَدِ الْأَخَوَاتِ ، إِذَا قُلْنَا : لَا يَدْخُلُ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَإِذَا تَسَاوَتْ دَرَجَتُهُمْ
فَأَوْلَاهُمْ^(١٤) وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ ، وَيُسَوَّى بَيْنَ وَلَدِ الْأَبِ وَوَلَدِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى دَرَجَةٍ
وَاحِدَةٍ وَكَذَلِكَ وَلَدُهُمَا . وَالْأَخُ لِلْأَبِ أَوْلَى مِنْ ابْنِ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، كَمَا فِي
الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ بَعْدَهُمُ الْأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا . وَيَسَوَّى الْعَمُّ مِنَ الْأَبِ وَالْعَمُّ
مِنَ الْأُمِّ ، وَكَذَلِكَ أَبْنَاؤُهُمَا ،^(١٥) (ثم على^{١٥}) هَذَا التَّرْتِيبِ ، ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنَّهُ يَرَى دُخُولَ وَلَدِ الْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ وَالْأَخْوَالَ
وَالْحَالَاتِ ، وَهَذَا الْقَوْلُ إِنَّمَا يُخْرَجُ فِي مَذْهَبِ أَحْمَدَ عَلَى الرَّوَايَةِ الثَّالِثَةِ ، الَّتِي تَجْعَلُ
الْقَرَابَةَ فِيهَا كُلٌّ مِنْ يَقَعُ عَلَيْهِمْ اسْمُ الْقَرَابَةِ ، فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَأَنَّ
الْقَرَابَةَ اسْمٌ لِمَنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ آبَاءِهِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُو^(١٦) الْأُمِّ ، وَلَا أَقَارِبُهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ
لَمْ يَكُنْ مِنَ الْقَرَابَةِ ، لَمْ يَكُنْ أَقْرَبَ الْقَرَابَةِ ، فَعَلَى هَذَا تَتَنَاوَلُ الْوَصِيَّةُ مَنْ كَانَ أَقْرَبَ /
مِنْ أَوْلَادِ الْمُوصِي ، وَأَوْلَادِ آبَائِهِ ، إِلَى أَرْبَعَةِ آبَاءٍ ، وَلَا يَغْدُوهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لْجَمَاعَةِ
مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ ، أُعْطِيَ لثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيْهِ^(١٧) . وَإِنْ وَجَدَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ
فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالْإِخْوَةِ ، فَالْوَصِيَّةُ لِجَمِيعِهِمْ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُمْ لَيْسَ بِأَوْلَى مِنْ بَعْضٍ ،
وَالْاسْمُ يَشْمَلُهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ ثَلَاثَةً فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ ، كُمِلَتْ مِنَ الثَّانِيَةِ . وَإِنْ كَانَتْ
فِي الدَّرَجَةِ الثَّانِيَةِ جَمَاعَةٌ ، سَوَّى^(١٨) بَيْنَهُمْ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الدَّرَجَةِ الْأُولَى . وَإِنْ لَمْ

٥٧/٦ ظ

(١٤) في ١ : فَأَوْلَاهُمْ .

(١٥ - ١٥) في ٢ : وَعَلَى .

(١٦) في ١ : وَلَدُ . وَسَقَطَ مِنْ : م .

(١٧) سقط من : الْأَصْلُ ، ١ .

(١٨) في ١ : سَوَّى .

يُكْمَلُ مِنَ الثَّانِيَةِ ، فَمِنَ الثَّالِثَةِ ، فَإِذَا وُجِدَ ابْنٌ وَأَخٌ وَعَمٌّ ، فَالْوَصِيَّةُ فِيهِمْ أَثْلَانَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ ابْنٌ وَأَخَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ ابْنٌ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ ، دَخَلَ جَمِيعُهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلْإِبْنِ ثُلُثُ الْوَصِيَّةِ وَلَهُمْ ثُلَاثُهَا . فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ وَارِثًا ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِنْ لَمْ يُجْزَلْهُ ، وَالْبَاقِي لِلْإِخْوَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِعَصِيَّتِهِ ، فَهُوَ لَمْ يَرِثْهُ بِالتَّعْصِيبِ فِي الْجُمْلَةِ ، سَوَاءً كَانُوا مِمَّنْ يَرِثُ فِي الْحَالِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ^(١٩) . وَيُسَوَّى بَيْنَ قَرِيْبِهِمْ وَبَعِيدِهِمْ ؛ لِشُمُولِ اللَّفْظِ لَهُمْ . وَلَا يَخْلَافُ فِي أَنَّهُمْ لَا يَكُونُونَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ بِحَالٍ .

٩٨٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِي . أُعْطِيَ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ)

يعني تُعْطَى أُمُّهُ وَأَقْرَبُهَا ، الْأَحْوَالُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَأَبَاءُ أُمِّهِ ، وَأَوَّلَادُهُمْ ، وَكُلُّ مَنْ يُعْرِفُ بِقَرَابَتِهِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِيمَا وَقَفْنَا عَلَيْهِ ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَ هَذَا اللَّفْظِ وَلَفْظِ الْقَرَابَةِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ : إِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ ، هُوَ بِمَثَابَةِ قَوْلِهِ لِقَرَاتِي . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، عَنْ أَحْمَدَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَحُلْ الصَّدَقَةَ لِي وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِي »^(٢٠) . فَجَعَلَ سَهْمَ ذَوِي^(٢١) الْقُرْبَى لَهُمْ عَوَضًا عَنْ^(٢٢) الصَّدَقَةِ الَّتِي حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ ، فَكَانَ ذَوُو الْقُرْبَى الَّذِينَ سَمَّاهُمُ اللَّهُ تَعَالَى هُمْ أَهْلُ بَيْتِهِ الَّذِينَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمْ الصَّدَقَةُ . وَذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « أَذْكُرُكُمْ اللَّهُ فِي أَهْلِ بَيْتِي » . قَالَ قُلْنَا : مَنْ أَهْلُ بَيْتِهِ ، نَسَاؤُهُ ؟ قَالَ : لَا ، أَصْلُهُ وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمَتْ / عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ^(٢٣) ؛ آلُ عَلِيٍّ ، وَآلُ عَقِيلٍ ، وَآلُ جَعْفَرٍ ، وَآلُ الْعَبَّاسِ^(٢٤) . وَقَالَ الْقَاضِي : قَالَ ثَعْلَبٌ : أَهْلُ الْبَيْتِ عِنْدَ الْعَرَبِ آبَاءُ

٥٨/٦ و

(١٩) في ١ : يَرِثُ .

(١) تقدم تخريجه في : ١٠٩/٤ .

(٢) في م : ذِي .

(٣) في الأصل ، ١ : من .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه الدارمي ، في : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدارمي ٤٣٢/٢ مختصراً .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦٧/٤ .

الرَّجُلِ وَأَوْلَادُهُمْ ، كَالْأَجْدَادِ وَالْأَعْمَامِ وَأَوْلَادِهِمْ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ .
وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لَا يَدْخُلُونَ فِي اسْمِ الْقَرَابَةِ ، وَلَا أَهْلُ بَيْتِهِ . وَلَيْسَ هَذَا
بِشَيْءٍ ، فَإِنَّ وَلَدَ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ وَأَقَارِبِهِ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ ، وَأَعْطُوا مِنْ
سَهْمِ ذِي الْقُرْبَى ، وَهُمْ مِنْ أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ، فَكَيْفَ لَا يَكُونُونَ مِنْ أَقَارِبِهِ ، وَقَدْ قَالَ
النَّبِيُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ وَوَلَدَيْهَا وَزَوْجِهَا : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذْهَبْ عَنْهُمْ
الرَّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا »^(٦) ؟ وَلَوْ وَقَفَ عَلَى أَقَارِبِ رَجُلٍ ، أَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِهِ ،
دَخَلَ فِيهِ وَلَدُهُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْتُهُ . وَالْخَرَقِيُّ قَدْ^(٧) عَدَّهُمْ فِي الْقَرَابَةِ بِقَوْلِهِ : « لَا
يُجَاوِزُهَا أَرْبَعَةُ آبَاءٍ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى » . فَجَعَلَ
هَاشِمًا الْأَبَ الرَّابِعَ ، وَلَا يَكُونُ رَابِعًا إِلَّا أَنْ يَعُدَّ النَّبِيُّ ﷺ أَبًا ؛ لِأَنَّ هَاشِمًا إِنَّمَا هُوَ
رَابِعُ النَّبِيِّ ﷺ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِآلِهِ ، فَهُوَ مِثْلُ قَرَابَتِهِ ، فَإِنَّ فِي بَعْضِ الْفَاضِلِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : مِنْ
أَلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ؟ قَالَ : أَصْلُهُ ، وَعَشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِّمُوا الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ ؛ آلُ عَلِيٍّ ،
وَأَلِ الْعَبَّاسِ ، وَأَلِ جَعْفَرٍ ، وَأَلِ عَقِيلٍ . وَالْأَصْلُ فِي آلِ أَهْلِ ، فَقَلَبْتَ الْمَاءَ هَمْزَةً ،
كَأَقَالُوا : هَرَقْتُ الْمَاءَ وَأَرَقْتُهُ . وَمُدَّتْ لِمَا تَجْتَمِعُ هَمْزَتَانِ . وَإِنْ وَصَّى لِعِثْرَتِهِ ، فَقَدْ
تَوَقَّفَ أَحْمَدُ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ فِي عَرَفِ النَّاسِ عَشِيرَتُهُ الْأَذْنُونَ ، وَوَلَدُهُ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ
وَأِنْ سَفَلُوا ، فَتَصَرَّفَ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمْ ، وَبِذَلِكَ فَسَّرَهُ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، قَالَ^(٨) : وَيَذُلُّ^(٩) عَلَى
ذَلِكَ^(٩) قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : نَحْنُ عِثْرَةُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَيَضُنُّهُ النَّبِيُّ تَفَقَّاتٌ
عَنْهُ . وَقَالَ ثَعْلَبٌ ، وَابْنُ الْأَعْرَابِيِّ : الْعِثْرَةُ الْأَوْلَادُ ، وَأَوْلَادُ الْأَوْلَادِ . وَلَمْ يَدْخُلَا
فِي ذَلِكَ الْعَشِيرَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَشْهُرُ فِي عَرَفِ النَّاسِ ، مَعَ أَنَّهُ قَدْ دَلَّ عَلَى صِحَّتِهِ قَوْلُ
أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي مَحْفَلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ ، وَهُمْ

٥٨/٦ ط

(٦) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فَضْلِ فَاطِمَةَ بِنْتِ مُحَمَّدٍ ﷺ ، مِنْ أَبْوَابِ الْمَنَاقِبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ

٢٤٩/١٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ٢٣٠/١ .

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : عَلَيْهِ .

أَهْلُ النَّسَبِ ، فَلَا يُعُولُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَإِنْ وَصَّى لِقَوْمِهِ ، أَوْ لِنِسْبَائِهِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هَذَا بِمَنْبَأَةِ أَهْلِ نِسْبَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا قَالَ : لِرَجُلِي ، أَوْ لِأَرْحَامِي ، أَوْ لِأَنْسَابِي ، أَوْ لِمَنْسَابِي . صُرِفَ إِلَى قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَيَتَعَدَّى وَلَدَ الْأَبِ الْخَامِسَ . فَعَلَى هَذَا يُصْرَفُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَرِثُ بِفَرْضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ أَوْ بِالرَّحِمِ فِي حَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ . وَقَوْلُ أَبِي بَكْرٍ فِي الْمَنْسَابِينَ أَوَّلَى مِنْ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الْعَرَفِ يُطْلَقُ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الْعَشِيرَةِ الَّتِي يَنْتَسِبَانِ إِلَيْهَا ، وَإِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَةٍ غَيْرِ قَبِيلَةِ صَاحِبِهِ ، فَلَيْسَ بِمَنْسَابٍ لَهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِمَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ ، وَهُمْ مُتَّفِقُونَ ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ ، وَقَدْ تَعَيَّنُوا بِوُجُودِهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا مَوَالٍ مِنْ أَسْفَلٍ فَهِيَ ^(١٠) لَهُمْ كَذَلِكَ . وَإِنْ اجْتَمَعُوا ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا ، يَسْتَوُونَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَشْمَلُ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ أَسْفَلٍ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ ، كَقَوْلِنَا ، وَقَوْلِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَالثَّالِثُ ، هِيَ لِلْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى ، بِذَلِيلِ أَنََّّهُمْ عَصَبَتُهُ ^(١١) وَيَرْتَبُونَهُ ، بِخِلَافِ عُنُقَائِهِ . وَالرَّابِعُ ، يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِحُوا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْجَمِيعَ حَقِيقَةً وَعَرَفًا ، فَدَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِإِخْوَتِهِ . وَقَوْلُهُمْ : غَيْرُ مُعَيَّنٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنْ مَعَ ^(١٢) التَّعْيِينِ يَحْصُلُ التَّعْيِينُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ حَلَفَ : لَا كَلَّمْتُ مَوَالِيَّ . حَتَّى بِكَلَامِ إِيَّاهُمْ كَانَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَوْلَى مِنْ فَوْقَ أَقْوَى . / قُلْنَا : مَعَ شُمُولِ الْأَسْمِ لَهُمْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَقْوَى وَالْأَضْعَفُ ، كَمَا إِخْوَتُهُ ، وَلَا شَيْءَ إِلَّا بَيْنَ الْعَمِّ ، وَلَا لِلنَّاصِرِ ^(١٣) وَلَا لِلْحَلِيفِ ^(١٤) ، وَلَا لَغَيْرٍ مِنْ ذِكْرِنَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ إِنْ لَمْ يَتَنَاوَلْهُمْ

و ٥٩/٦

(١٠) فِي م : وَ فَهِيَ .

(١١) فِي م : عَصَبَةٌ .

(١٢) فِي أ ، م : وَ مِنْ .

(١٣ - ١٤) سَقَطَ مِنْ .

حَقِيقَةً ، لم يَتَنَاوَلْهُمْ عُرْفًا ، والأَسْمَاءُ العَرَفِيَّةُ تُقَدَّمُ عَلَى الحَقِيقَةِ . ولا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى
 إِلَيْهِ مَعَ وُجُودِ مَوَالِيهِ . وقال زُفَرٌ : يَسْتَحِقُّ . ولا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَوْلَى إِلَيْهِ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ حَقِيقَةً ، إِذَا كَانَ لَهُ مَوْلَى سِوَاهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَوْلَى ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ :
 يَكُونُ لِمَوْلَى ^(١٤) أَبِيهِ . وقال أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْلَى
 لَهُ ^(١٥) . وَاحْتَجَّ الشَّرِيفُ بِأَنَّ الْأَسْمَاءَ يَتَنَاوَلُ مَوَالِي أَبِيهِ مَجَازًا ، فَإِذَا تَعَدَّرَتْ
 الْحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرَفُ الْأَسْمَاءِ إِلَى مَجَازِهِ ، وَالْعَمَلُ بِهِ ، تَصْنِيعًا لِلْكَلَامِ الْمُكَلِّفِ
 عِنْدَ امْتِنَانِ تَصْنِيعِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ إِذَا دَعَا إِلَى الْمَجَازِ ، لَكُنْهُ مَحْمَلًا صَحِيحًا ، وَإِرَادَةُ
 الصَّحِيحِ أَغْلَبُ مِنْ إِرَادَةِ الْفَاسِدِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ وَمَوَالِي أَبِي حِينَ الْوَصِيَّةِ ، ثُمَّ
 انْقَرَضَ مَوَالِيهِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوَالِي الْأَبِ شَيْءٌ عَلَى مُقْتَضَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّ
 الْوَصِيَّةَ كَانَتْ لغيرِهِمْ ، فَلَا تَعُودُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بِعَقْدٍ ، وَلَمْ يُوْجَدْ . وَلَا يُشْبِهُ هَذَا قَوْلُهُ :
 أَوْصَيْتُ لَأَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ . وَلَهُ ابْنٌ وَابْنُ ابْنٍ ، فَمَاتَ الْابْنُ ، حَيْثُ يَسْتَحِقُّ ابْنُ الْابْنِ ،
 وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَحِقُّ مَعَ حَيَاةِ الْابْنِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ هُنَا لِمَوْصُوفٍ بِصِفَةٍ وَجَدَتْ
 فِي ابْنِ الْابْنِ ، كَوُجُودِهَا فِي الْابْنِ حَقِيقَةً ، وَفِي الْمَوْلَى يَقَعُ الْأَسْمَاءُ عَلَى مَوْلَى نَفْسِهِ
 حَقِيقَةً ، وَعَلَى مَوْلَى أَبِيهِ مَجَازًا ، فَمَعَ وُجُودِهِمْ جَمِيعًا ، لَا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إِلَّا عَلَى
 الْحَقِيقَةِ ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَا ^(١٦) تُوجَدُ فِي مَوْلَى أَبِيهِ . قَالَ الشَّرِيفُ : وَيَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ
 لِلْمَوَالِي مُدِيرُهُ ، وَأُمُّ وَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا تَسْتَحَقُّ بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَهِيَ حَيْثُ يُوْجَدُ مَوَالٍ
 فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصُّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
 وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْجَارُ الْمَلَاصِقُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
 قَالَ : « الْجَارُ / أَحَقُّ بِصَقْبِهِ » ^(١٧) . يَغْنِي الشُّفْعَةُ ، وَإِنَّمَا تُثَبِّتُ لِلْمَلَاصِقِ ، وَلِأَنَّ

ظ ٥٩/٦

(١٤) ق م : ٥ : لموال ١ .

(١٥) سقط من : ١ .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) تقدم تحريجه في : ٣٧/٧ .

الجَارُ مُشْتَقٌّ مِنَ الْمَجَاوِرَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : الْجَارُ الدَّارُ وَالْدَّارَانِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ »^(١٨) . قَالَ : مَنْ سَمِعَ النَّدَاءَ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ جَعْفَةَ : مَنْ سَمِعَ الْإِقَامَةَ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ : الْجِيرَانُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ^(١٩) إِنْ جَمَعَهُمْ مَسْجِدٌ ، فَإِنْ تَفَرَّقَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ^(٢٠) فِي مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتَقَارِبَيْنِ ، فَالْجَمِيعُ جِيرَانٌ ، وَإِنْ كَانَا عَظِيمَيْنِ ، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدِ جِيرَانٍ ، وَأَمَّا الْأَمْصَارُ الَّتِي فِيهَا الْقِبَائِلُ ، فَالْجَوَارُ عَلَى الْأَفْحَاذِ . وَلَنَا ، مَارُوزِيُّ أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا ، هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا »^(٢١) . وَهَذَا نَصٌّ لَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عَنْهُ إِنْ صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْخَبَرُ ، فَالْجَارُ هُوَ الْمُقَارِبُ ، وَيَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعَرَفِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَهْلِ دَرْبِهِ أَوْ سِكَتِهِ ، فَهَمُّ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ طَرَفُهُمْ فِي دَرْبِهِ .
فصل : وَإِنْ وَصَّى لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهَمُّ الَّذِينَ يَسْتَحِقُّونَ
مِنَ الزَّكَاةِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ لِكُلِّ^(٢٢) صِنْفٍ ثَمَنٌ الْوَصِيَّةِ ، كَالْوَصِيِّ لِإِمَانٍ قَبَائِلَ ،
وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الزَّكَاةِ ، حَيْثُ يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى صِنْفٍ وَاحِدٍ ، أَنَّ آيَةَ الزَّكَاةِ
أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ أُرِيدَ بِهَا بَيَانُ مَنْ يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَيَجُوزُ
الْاِقْتِصَارُ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اسْتِيعَابُهُمْ . وَحَكَى هَذَا عَنْ
أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ : لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ اثْنَيْنِ .
وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ثَانِيَةً عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ مِنْ كُلِّ
صِنْفٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَصْلُ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فِي الزَّكَاةِ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

(١٨) تقدم تخريجه في ٨/٣ . ويضاف إليه : كما أخرجه البيهقي ، في : باب المأموم يصلي خارج المسجد ... ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى ١١١/٣ عن علي . وعبد الرزاق ، في : باب من سمع النداء ، من كتاب الصلاة . المصنف ٤٩٨/١ موقفا . والحاكم ، في : باب ما من ثلاثة في قرية ولا في بلد لا تقام فهم الصلاة إلا قد استحوذ عليهم الشيطان ... ، من كتاب الصلاة . المستدرک ٢٤٦/١ عن أبي هريرة .
(١٩ - ٢٠) سقط من : م .
(٢١) انظر : كتاب الوصايا ، في : تلخيص الحبير ٩٢/٣ . وإرواء الغليل ، في : باب الموصى له ، من كتاب الوصايا ١٠٠/٦ .
(٢٢) في م : « لكم ، خطأ » .

وَلَا يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَّا إِلَى الْمُسْتَحِقِّ مِنْ أَهْلِ بَلَدِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَخَذَهُمْ ، دَخَلَ فِيهِ الْمَسَاكِينُ . وَإِنْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فِيهِ الْفُقَرَاءُ ؛ لِأَنَّهُمْ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِيمَا عَدَا الزَّكَاةَ ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ الصَّنَفَيْنِ جَمِيعًا ، / فَيَدُلُّ ذَلِكَ ^(٢٢) عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الْمُعَايَرَةَ بَيْنَهُمَا . وَيُسْتَحَبُّ تَعْيِيمُ مَنْ أُمِكنَ مِنْهُمْ ، وَالذَّفْعُ إِلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ الْحَاجَةِ ، وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ الْمُوصَى ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا ^(٢٣) فِي بَابِ الزَّكَاةِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِشَيْءٍ لِرَزِيدٍ وَلِلْمَسَاكِينِ ، فَلِرَزِيدٍ نَصْفُ الْوَصِيَّةِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَعَمَّادٌ . وَعَنْ عَمِّدٍ : لِرَزِيدٍ ثُلُثُهُ ، وَلِلْمَسَاكِينِ ثُلَاثُهُ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ اثْنَانِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ، إِنْ عَمَّهُمْ أَعْطَاهُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَإِنْ قَسَمَ عَلَى ثَلَاثَةٍ مِنْهُمْ جَعَلَهُ كَأَحَدِهِمْ . وَحَكَى أَصْحَابُهُ وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ، أَحَدُهُمَا كَمَذْهَبِنَا . وَالثَّانِي لَهُ رُبْعُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِمْ صَارُوا أَرْبَعَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِجِهَتَيْنِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقَسَّمَ بَيْنَهُمْ ، كَالْوَقَالِ : لِرَزِيدٍ وَعَمْرٍو . وَلَأَنَّهُ لَوْ وَصَّى لِقَرْنَيْنِ وَتَعْيِيمٍ ، لَمْ يَشْرَكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ عَدَدِهِمْ ، وَلَا عَلَى قَدْرِ مَنْ يُعْطَى مِنْهُمْ ، بَلْ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ نَصْفَيْنِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ مِسْكِينًا ، لَمْ يَذْفَعْ إِلَيْهِ مِنْ سَهْمِ الْمَسَاكِينِ شَيْءٌ . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ عَطْفَهُمْ عَلَيْهِ يَدُلُّ عَلَى الْمُعَايَرَةِ بَيْنَهُمَا ، إِذَا ظَاهَرَ الْمُعَايَرَةَ بَيْنَ الْمَعْطُوفِ وَالْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ تَجْوِيزَ ذَلِكَ يُفْضِي إِلَى تَجْوِيزِ ذَفْعِ الْجَمِيعِ إِلَيْهِ ، وَلَفْظُهُ يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ وَحَصْرَهُمْ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : هَذَا لِرَزِيدٍ وَإِخْوَتِهِ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَكُونُ كَأَحَدِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَكُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَلَى وَجْهِ لَا يَجُوزُ الْإِخْلَالُ بِبَعْضِهِمْ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَالْوَقَالِ : هَذَا لَكُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كَالثَّانِي قَبْلَهَا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَوْا بِثُلْثِي رِقَابًا ، فَأَعْتَقُوهُمْ . لَمْ يَجْزِ صَرْفُهُ إِلَى الْمُكَاتِبِينَ ؛

(٢٢) سقط من : ١ .

(٢٣) في الأصل ، ١ : ذكره .

لأنه وصى بالشراء ، لا بالدفع إليهم . فإن اتسع الثلث لثلاثة ، لم يجز أن يشتري أقل منها ؛ لأنها أقل الجمع . وإن قدرت^(٢٤) على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمان ثلاثة غالية ، كان أولى وأفضل ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من أعتق امرءاً مسلماً ، أعتق الله بكل عضوٍ منه عضواً منه من النار »^(٢٥) . ولأنه يُرجح عن^(٢٦) نفس زائدة ، فكان أفضل من عدم ذلك . وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة ، وحيصة من الرابعة ، بثمان ثلاثة غالية / ، فالثلاثة أولى ؛ لأن النبي ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب ، قال : « أغلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها »^(٢٧) . والقصد من العتق تكميل الأحكام ، من

٦٠/٦ ظ

(٢٤) في الأصل ، أ : « قدر » .

(٢٥) أخرجه البخارى ، في : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة ﴾ أو إلعام في يوم ذى مسغبة • يعنيًا ذا مقربة ﴿ ، من كتاب العتق ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أركى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، في : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ . وأبو داود ، في : باب في ثواب العتق ، وباب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة ، وباب ما جاء في فضل من أعتق ، من أبواب التنوير . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ ، ٣٠ ، ٣١ . والنسائى ، في : باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل ، من كتاب المجتبى ٢٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ ، ١١٣/٤ ، ٢٣٥ ، ٣٢١ ، ٣٤٤ ، ٣٨٦ ، ٤٠٤ .

(٢٦) في م : « عنه » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، في : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٩/١ ، وابن ماجه ، في : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب فضل عتق الرقاب ، وباب عتق الزانية وابن الزنا ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٩/٢ ، ٧٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٨/٢ ، ١٥٠/٥ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

الولاية ، والجمعة ، والحج ، والجهاد ، وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ، ولا يحصل ذلك إلا بإعتاق جميعه . وهذا التفضيل - والله أعلم - من النبي ﷺ للغالية ، إنما يكون مع التساوى في المصلحة ، فأما إن ترجح بعضهم بدين ، وعفة ، وصلاح ، ومصلحة له في العتق ، بأن يكون مضروراً بالرق ، وله صلاح في العتق ، وغيره له مصلحة في الرق ، ولا مصلحة له في العتق ، وربما تضرر به ، من فوات نفعه ، وكفاليته ، ومصلحته ، وعجزه بعد العتق عن الكسب ، وخروجه عن الصيانة والحفظ ، فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى ، وإن قلت قيمته ، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة ؛ لأن مقصود الموصى تخصيص الثواب والأجر ، ولا أجز في إعتاق هذا . ولا يجوز أن يعتق إلا ربة مسلمة ؛ لأن الله تعالى لما قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢٨) . لم يتناول إلا المسلمة ، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى . ولا يجوز إعتاق مبيعة عينا يمنع الإجزاء في الكفارة ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : ونقل المروذي ، عن أحمد ، في من أوصى بثلثه في أبواب البر ، يُجزأ ثلاثة أجزاء ؛ جزءاً في الجهاد ، وجزءاً يتصدق به في قرأته ، وجزءاً في الحج . وقال في رواية أبي داود : الغزو يندأ به . وحكى عنه أنه جعل جزءاً في فداء الأسرى . وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد ، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها ؛ لأن اللفظ للعموم ، فيجب حمله على عموميه ، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وربما كان غير هذه الجهات أخوج من بعضها وأحق ، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميئ ، وإصلاح طريق ، وفك أسير ، وإعتاق ربة ، وقضاء دين ، وإغاثة ملهوف ، أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج ، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه ، من غير مصلحة تعود/ على أحد من خلق الله ، فتقديم هذا على ما مصلحة ظاهرة ، والحاجة إليه داعية ، بغير دليل ، تحكم لا معنى له . وإذا قال :

٦١/٦ و

ضَعُ ثُلُثِي حَيْثُ يُرِيدُكَ اللَّهُ . فَلَمْ صَرَّفْهُ فِي أَى جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْب ، رَأَى وَضَعَهُ فِيهَا ، عَمَلًا بِمُقْتَضَى وَصِيَّتِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجِبُ صَرَّفُهُ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، وَالْأَفْضَلُ صَرَّفُهُ إِلَى فَقَرَاءِ أَقَارِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَإِلَى مَحَارِمِهِ مِنَ الرُّضَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِلَى جِيرَانِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ رَدُّهُ إِلَى اجْتِهَادِهِ فِيمَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَهَذَا أَحْظُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ يَرَى غَيْرَ هَذَا أَهَمَّ مِنْهُ وَأَصْلَحَ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِالتَّحَكُّمِ . وَنَقَلَ أَبُو دَاوُدَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلَاثِهِ فِي الْمَسَاكِينِ ، وَلَهُ أَقَارِبُ مُحَاوِيْعٌ لَمْ يُوصِرْ لَهُمْ بِشَيْءٍ ، وَلَمْ يَرْتَوْ ، فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِهِمْ ، فَإِنَّهُمْ أَحَقُّ . قَالَ : وَسُئِلَ عَنِ النَّصْرَانِيِّ يُوصِي بِثُلَاثِهِ لِلْفُقَرَاءِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَيْعْطَى إِخْوَتَهُ وَهُمْ فَقَرَاءٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، هُمْ أَحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسُونَ دِرْهَمًا لَا يَزَادُونَ عَلَى ذَلِكَ . يَعْنِي لَا يَزَادُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْغَنَى .

٩٨١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَصَّى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِخَمْسِمِائَةٍ . فَمَا فَضَلَ رَدُّ فِي الْحَجِّ)

وَجَمَلُهُ أَنَّهُ أَوْصَى ^(١) أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِقَدْرِ مِنَ الْمَالِ ، وَجَبَ صَرْفُ جَمِيعِ ذَلِكَ فِي الْحَجِّ إِذَا حَمَلَهُ الثَّلَاثُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِجَمِيعِهِ فِي جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَصْرِفَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ أَكْثَرُ مِنْ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ ^(٢) التَّصَرُّفَ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالْتَّوَكُّيلِ ^(٣) فِي الْبَيْعِ . ثُمَّ لَا يَحِلُّو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ لِحَاجَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيُصَرَّفَ فِيهَا . أَوْ نَاقِصًا عَنْهَا ، فَيُحَجُّ بِهِ مِنْ حَيْثُ يَنْلُغُ ، فِي ظَاهِرِ مَنصُوصِ ^(٤) أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي

(١) - (١) سقط من : ١ .

(٢) - في الزيادة : ١ : له .

(٣) - في م : ١ : كالتوكيل .

(٤) - في الأصل ، ١ : ١ : نصوص .

رَوَايَةُ حَنْبَلٍ ، فِي رَجُلٍ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ ، وَلَا تُبْلَغُ التَّفَقُّةُ ، فَقَالَ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تُبْلَغُ التَّفَقُّةُ لِلرَّائِبِ مِنْ أَهْلِ مَدِينَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الْعَنْبَرِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعَانِ بِهِ فِي الْحَجِّ . وَهُوَ قَوْلُ سَوَّارِ الْقَاضِي ، حَكَاهُ عَنْهُ الْعَنْبَرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ مُخَيَّرُ فِي ذَلِكَ . قَالَ ، فِي رَوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، فِي امْرَأَةٍ / أَوْصَتْ بِحَجِّ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا : أَرَى أَنْ يُؤْخَذَ ثَلَاثُ مَالِهَا ، فَيُعَانِ بِهِ فِي الْحَجِّ ، أَوْ يُحَجَّ مِنْ حَيْثُ يَتَلَبَّغُ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُفْضَلَ عَنْ الْحَجَّةِ ، فَيُدْفَعَ فِي حَجَّةٍ ثَانِيَةٍ ، ثُمَّ فِي ثَالِثَةٍ ، إِلَى أَنْ يَنْفَدَ ، أَوْ يَنْقَى مَا لَا يَتَلَبَّغُ حَجَّةً ، فَيُحَجَّ بِهِ ^(٥) مِنْ حَيْثُ يَتَلَبَّغُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ . وَلَا يَسْتَتِيبُ فِي الْحَجِّ مَعَ الْإِمْكَانِ إِلَّا مِنْ بَلَدِ الْمَحْجُوجِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَقَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَيُثَوِّبُ عَنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ لَوْ حَجَّ الْمَثُوبُ عَنْهُ لَحَجَّ مِنْهُ . فَإِنْ كَانَ الْمُوصِي بِهِ لَا يَحْمِلُهُ الثَّلَاثُ ، لَمْ يَخْلُ مِنْ أَنْ يَكُونَ الْحَجُّ فَرَضًا أَوْ تَطَوُّعًا ، فَإِنْ كَانَ فَرَضًا اخْتَارَ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ الْقَدْرِ الْكَافِي لِحَجِّ الْفَرَضِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ ، اخْتَارَ ، ثُمَّ يَصْرِفُ مِنْهُ فِي الْفَرَضِ قَدْرَ مَا يَكْفِيهِ ، ثُمَّ يُحَجُّ بِالْبَاقِي تَطَوُّعًا حَتَّى يَنْفَدَ ، كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ ، وَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَقَلَّ ، ثُمَّ قَدْرَ مَا يَكْفِي الْحَجَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ : كُلُّ وَاجِبٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَدَاوُدُ بْنُ أَبِي هِنْدَ : إِنْ وَصَّى بِالْحَجِّ ، فَمِنْ ثَلَاثِهِ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ عَلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، إِنْ لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالْمُوصِي بِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ فَلَا تَلْزَمُ الْوَارِثَ ، كَالصَّلَاةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ، أَكُنْتُ تَقْضِيهِ » ^(٦) ؟ قَالَ ^(٧) : نَعَمْ . قَالَ : « فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » ^(٨) . وَالدَّيْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَمَا هُوَ أَحَقُّ

(٥) فِي م : عَنْهُ .

(٦) فِي ب : تَقْضِيهِ .

(٧) فِي ب : قَالَتْ .

(٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قِضَاءِ الْحَجِّ بِقِضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمَجْمُوعُ ٨٩/٥ .

منه أُولَى ، ولأنَّه واجبٌ ، فكان من رَأْسِ المَالِ ، كذَينِ الأَدَمِيِّ . وإن كان تَطَوُّعًا ، أُخِذَ الثُّلُثُ لا غَيْرُ ، إذا لم يُجْزِ الوَرَثَةُ ، ويُحْجَّ به ، على ما ذَكَرْنَا فيما مَضَى .

فصل : وإذا أَوْصَى بِحَجٍّ واجبٍ ، أو غيرِهِ من الواجِبَاتِ ، كَقَضَاءِ دَيْنٍ ، وَزَكَاةٍ ، وإِخْرَاجِ كَفَّارَةٍ ، لم يَجُزْ من أَرْبَعَةِ أحوَالٍ ؛ أحدها ، أن يوصى بذلك من صُلْبِ مَالِهِ ، فهذا تَأْكِيدٌ لما وَجَبَ بالشَّرْعِ ، ويُحْجَّ عنه من بَلَدِهِ ، وإن لم يَفِ / مَالُهُ بذلك ، أُخِذَ مَالُهُ كُلُّهُ يُدْفَعُ في الواجِبِ ، كما لو لم يوصِ . الثاني ، أن يوصى بأداء الواجِبِ من ثُلُثِ مَالِهِ ، فيصحُّ أيضًا ، فإن لم تَكُنْ له وَصِيَّةٌ غَيْرُ هذه ، لم تُقَدْ شيئا ، وَيُودَى من المَالِ كُلِّهِ ، كَالو لم يوصِ . وإن كان قد أَوْصَى بِتَبَرُّعٍ لِحِجَّةٍ أُخْرَى ، قُدِّمَ الواجِبُ ، وإن فَضَلَ من الثُّلُثِ شيءٌ فهو للتَّبَرُّعِ ، وإن لم يَفْضَلْ شيءٌ سَقَطَتْ ، وإن لم يَفِ الثُّلُثُ بالواجِبِ أُنِمْ من رَأْسِ المَالِ . هكذا ذَكَرَ القاضِي . وقال أَبُو الحُطَّابِ : يُزَاحَمُ بالواجِبِ أَصْحَابُ الوَصَايَا . فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مِثْلَ ما ذَكَرَ القاضِي ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الثُّلُثَ يُقَسَّمُ بين الوَصَايَا كُلِّهَا ، الواجِبِ والتَّبَرُّعِ بالِحِصَصِ ، فما حَصَلَ للواجِبِ أُنِمْ من رَأْسِ المَالِ ، فيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ ، وتَعْمَلُ بالجَبْرِ ، فتَقُولُ في رَجُلٍ أَوْصَى بِحِجَّةٍ واجِبَةٍ ، كِفَايَتُهَا عَشْرَةٌ من ثُلْثِهِ ، وَوَصَّى بِصَدَقَةٍ تَطَوُّعٍ عَشْرَةً ، ومَاتَ فلم يَخْلُفْ إِلَّا ثَلَاثَيْنِ ، فَاغْرُلْ تِمَّةَ الواجِبِ من المَالِ ، وهي شيءٌ مَجْهُولٌ ، وَخُذْ ثُلْثَ الباقي عَشْرَةً إِلَّا ثُلْثَ شيءٍ ، واقْصِمْهُ بين الوَصِيَّيْنِ ، لكلٍّ واحدٍ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شيءٍ ، واضْمُمْ^(٩) الشيءَ الذِي عَزَلْتَهُ إلى ما حَصَلَ لِلْحِجَّةِ ، فصارَ شيئًا وخَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شيءٍ ، يَعْدِلُ عَشْرَةً ، وَتُخَذُ من الشيءِ سُدُسُهُ ، فاجْبُرْ به بعضَ الخَمْسَةِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ أَسَدَاسِ شيءٍ ، يَعْدِلُ خَمْسَةً ، فالشيءُ إِذَا سَيَّئَتْهُ ، ومتى أَخَذْتَ سَيِّئَةً من ثَلَاثَيْنِ ، بَقِيَ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، ثُلُثُهَا ثَمَانِيَةٌ ، لِصَاحِبِ الصَّدَقَةِ نِصْفُهَا أَرْبَعَةٌ ، وللواجِبِ أَرْبَعَةٌ^(١٠) إِذَا ضَمُنْتَ إِلَيْهَا^(١١) السَّيِّئَةَ ، صارَ الجَمِيعُ عَشْرَةً ، فإن كان عليه أيضًا دَيْنٌ خَمْسَةٌ ، عَزَلْتَ تِمَّةَ الْحَجِّ شيئًا ، وَتِمَّةَ الدَّيْنِ نِصْفَ شيءٍ ، بَقِيَ ثُلْثُ المَالِ عَشْرَةً إِلَّا نِصْفَ

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠ - ١١) في م : مع .

شَيْءٍ ، وَأَقْسَمُهُ بَيْنَ الْوَصَايَا ، فَيَحْصُلُ لِلْحَجِّ أَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شَيْءٍ ، اضْمُمْ إِلَيْهَا تِمَمَتُهُ ،
يَصِيرُ شَيْئًا وَأَرْبَعَةٌ إِلَّا خُمْسَ شَيْءٍ ، يَعْدُلُ عَشْرَةً ، وَبَعْدَ الْجَبْرِ يَصِيرُ أَرْبَعَةٌ أَخْمَاسُ
شَيْءٍ ، تَعْدُلُ سِتَّةً ، فَرُدَّ عَلَى السِّتَةِ رُبْعُهَا ، تَصِيرُ سَبْعَةً وَنِصْفًا ، يَعْدُلُ شَيْئًا ، فَالشَّيْءُ
سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَنِصْفُ الشَّيْءِ ثَلَاثَةٌ وَنِصْفٌ وَرُبْعٌ ، وَبَقِيَّةُ الْمَالِ ثَمَانِيَّةٌ عَشْرٌ وَثَلَاثَةُ
أَرْبَاعٍ ، ثَلَاثُهَا سِتَّةٌ وَرُبْعٌ ، لِلَّذَيْنِ خُمُسُهَا وَاحِدٌ وَرُبْعٌ / ، إِذَا ضَمَمْتَ إِلَيْهِ تِمَمَتُهُ ، كَمَلَّ
خُمْسُهُ ، وَلِلْحَجِّ اثْنَانِ وَنِصْفٌ ، تَكْمُلُ تِمَمَتُهُ ^(١١) ، وَلِلصَّدَقَةِ اثْنَانِ وَنِصْفٌ . وَفِي
عَمَلِهَا طَرِيقٌ آخَرٌ ، وَهُوَ أَنْ يُقَسَّمِ الثَّلَثُ بِكَمَالِهِ بَيْنَ الْوَصَايَا بِالْقِسْطِ ، ثُمَّ مَا بَقِيَ مِنْ
الْوَاجِبِ خُذْهُ ^(١٢) مِنَ الْوَرْتَةِ وَصَاحِبِ الثَّبْرِ بِالْقِسْطِ ، فَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَحْصُلُ
لِلْوَاجِبِ خُمْسَةٌ ، وَيَبْقَى لَهُ خُمْسَةٌ ، يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِ الثَّبْرِ دِينَارًا ، وَمِنْ الْوَرْتَةِ
أَرْبَعَةٌ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ ، حَصَلَ لِلْحَجِّ أَرْبَعَةٌ ، وَبَقِيَ لَهُ سِتَّةٌ ، وَحَصَلَ لِلَّذَيْنِ
دِينَارَيْنِ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةٌ ، فَيَأْخُذَانِ مَا بَقِيَ لهما مِنَ الْوَرْتَةِ ثَلَاثَةً ^(١٣) ، وَمِنْ صَاحِبِ
الثَّبْرِ ثَلَاثَةٌ ، فَيَأْخُذُ صَاحِبُ الْحَجَّةِ مِنَ الْوَرْتَةِ أَرْبَعَةً ، وَمِنْ صَاحِبِ الثَّبْرِ
دِينَارَيْنِ ، وَيَأْخُذُ صَاحِبُ الدِّينَارَيْنِ مِنَ الْوَرْتَةِ ، وَدِينَارًا مِنْ صَاحِبِ الثَّبْرِ .
الثَّالِثُ ، أَنْ يُوصَى بِالْوَاجِبِ ، وَيُطْلَقُ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، فَيُبْدَأُ بِإِخْرَاجِهِ قَبْلَ
الثَّبَرَاتِ وَالْمِيرَاثِ ، فَإِنْ كَانَ ثَمَّ وَصِيَّةُ ثَّبْرٍ ، فَلِصَاحِبِهَا ثُلُثُ الْبَاقِي . وَهَذَا قَوْلُ
أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ مِنَ الثَّلَثِ كَالْقِسْمِ الَّذِي
قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِالثَّلَثِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَجَّ كَانَ وَاجِبًا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَيْسَ
فِي وَصِيَّتِهِ مَا يَقْتَضِي تَغْيِيرَهُ ، فَيَبْقَى عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوصَرْ بِهِ . وَقَوْلُهُمْ :
لَا تَمْلِكُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا بِالثَّلَثِ . قُلْنَا : فِي الثَّبْرِ ، فَأَمَّا فِي الْوَاجِبَاتِ فَلَا تَنْحَصِرُ فِي الثَّلَثِ ،

(١١) فِي م : « بِهِ تِمَمَةٌ » .

(١٢) فِي م : « أَخْذُهُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « ثَلَاثَةٌ » .

ولا تَقَعِدْ به . القسم الرابع ، أن يُوصَى بالواجب ويُقَرَّنَ بها^(١٤) الوصية بترع^(١٥) ،
 مثل أن يقول : حُجَّوْا عَنِّي ، وَأَدُّوا دَيْنِي ، وَتَصَدَّقُوا عَنِّي . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ،
 أن الواجب من رأس المال ؛ لأن الاقتران في اللفظ لا يدلُّ على الاقتران في الحكم ،
 ولا في كَيْفِيَّتِهِ ، ولذلك قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ
 حَصَادِهِ ﴾^(١٦) . والأكلُ غيرُ واجبٍ ، والإيتاء واجبٌ ، ولأنَّه ههنا قد عطفَ غيرَ
 الواجبِ عليه ، فكما لم يَسْتَوِيا في الوجوبِ لا يَلْزَمُ اسْتِوَاؤُهُما في محلِّ الإخراجِ .
 والثاني ، أنَّه من الثُلث ؛ لأنَّه قَرَنَ به ما مَخْرَجُهُ من الثُلثِ .

٩٨٢ - / مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : حَجَّةٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . فَمَا فَضَّلَ فَهُوَ لِمَنْ
 يَحُجُّ)

وجملته أنَّه إذا أوصى أن يَحُجَّ عنه بِقَدَرٍ من المالِ حَجَّةً واحدةً ، وكان فيه فَضْلٌ عن
 قَدَرِ ما يَحُجُّ به ، فهو لمن يَحُجُّ ؛ لأنَّه قَصَدَ إِزْفَاقَهُ بذلك ، فكأنَّه صرَّحَ ، بأن قال :
 حُجَّوْا عَنِّي حَجَّةً واحدةً بِخُمْسِمَائَةٍ ، وما فَضَّلَ منها فهو لمن يَحُجُّ . ثم إنَّ عَيْنَ مَنْ يَحُجُّ
 عنه ، فقال : يَحُجُّ عَنِّي فَلانٌ بِخُمْسِمَائَةٍ . صرَّفَ ذلك إليه . وإن لم يُعَيِّنْ أَحَدًا ،
 فَلِلْمُوصَى صَرَفُهَا إِلَى مَنْ شَاءَ ؛ لأنَّه قَوَّضَ إِلَيْهِ الاجْتِهَادَ ، إلَّا أنَّه لا يَمْلِكُ صَرَفُهَا إِلَى
 وارثٍ ، إذا كان فيها فَضْلٌ إلَّا بِإِذْنِ الْوَرَثَةِ ، وإن لم يَكُنْ فيها فَضْلٌ ، جازَ ؛ لأنَّها لا
 مُحَابَاةَ فيها ، ثم يُنْتَظَرُ ؛ فإن كان الحَجُّ الْمُوصَى^(١) به تَطَوُّعًا ، فَجَمِيعُ الْقَدَرِ الْمُوصَى
 به من الثُلثِ ، وإن كان واجبًا ، فالرَّائِدُ عن تَقَقُّعِ الْجِثْلِ يُعْتَبَرُ من الثُلثِ . وإن لم يَفِ

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : بالتبرع ؛ .

(١٦) سورة الأنعام ١٤١ .

(١) في م : للموصى ؛ .

الموصى به بالحج الواجب ، أتم من رأس المال . وإن كان تطوعاً ، فإنه يحج به من حيث يبلغ ، على ما مضى .

فصل : وإن عيّن رجلاً للحج^(٢) ، فأبى أن يحج ، بطل التعيين ، ويحج عنه بأقل ما يمكن لإنسان ثقة سيواه ، ويصرف الباقي إلى الورثة . ولو قال المعين : اصرّفوا الحجة إلى من يحج ، وادفعوا الفضل إلى ، لأنه موصى به لى . لم يصرف إليه شيء ؛ لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج ، فإذا لم يفعل ، لم يوجد الشرط ، ولم يستحق شيئاً .

٩٨٣ - مسألة ؛ قال : (وإن قال : حجّوا عني حجة . فما فضل ردّ إلى الورثة)

أما إذا أوصى بحجة ، ولم يذكر قدرًا من المال ، فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل ؛ لما ذكرناه . وإن فضل فضل عن ذلك ، فهو للورثة . وهذا يبنى على أن الحج لا يجوز الاستحجار عليه ، إنما ينوب عنه فيه نائب ، فما يتفق عليه فيما يحتاج إليه ، فهو من مال الموصى ، وما بقي رده على ورثته . وإن تلف المال في الطريق ، فهو من مال الموصى ، وليس على النائب إتمام المضى إلى الحج عنه . وعلى الرواية الأخرى ، يجوز الاستحجار عليه ، فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن ، وما فضل فهو لمن يحج ؛ لأنه ملك ما أعطى بعقد^(١) الإجارة . وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له ، فهو من ماله ، ويلزمه إتمام^(٢) الحج . وإن قال : حجّوا عني . ولم يقل : حجة واحدة . لم يحج عنه إلا حجة واحدة ؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم . فإن عيّن مع هذا من يحج عنه ، فقال : يحج عني فلان . فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث . فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه ، فينبغي أن يصرف إليه

٦٣/٦ ظ

(٢) في م : : أن يحج .

(١) في ا : : بقدر . وفي م : : بعد .

(٢) في م : : بإتمام .

أَقْلَ قَدْرِ^(٣) يُمَكِّنُ أَنْ يَحْجَّ بِهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ أَبَى الْحَجَّ ، وَكَانَ وَاجِبًا ، اسْتَنْبَيْ غَيْرُهُ بِأَقْلَ مَا يُمَكِّنُ اسْتِنَابَتَهُ بِهِ^(٤) . وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، احْتَمَلَ بُطْلَانُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ لَهَا جِهَةٌ ، فَإِذَا لَمْ تُقْبَلْهَا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ^(٥) ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبْعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ بِمِائَةِ . فَأَبَى شِرَاءَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُبْطَلُ ، وَيُسْتَنَابُ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ الْقُرْبَةِ وَالتَّعِينِ ، فَإِذَا بَطَلَ التَّعِينُ ، لَمْ تُبْطَلِ الْقُرْبَةُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : يَبْعُوا عَبْدِي لِفُلَانٍ ، وَتَصَدَّقُوا بِثَمَنِهِ . فَلَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ لغيرِهِ ، وَيُتَصَدَّقُ بِهِ .

فصل^(٦) : وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ^(٧) أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُ حَجَّةً ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَصِيِّ الْحَجَّ^(٨) بِنَفْسِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . كَمَا لَوْ قَالَ : تَصَدَّقْ عَلَيَّ . لَمْ يُجْزَأَنْ تَصَدَّقْ عَنْ^(٩) نَفْسِهِ . وَإِنْ قَالَ : حُجَّ عَنِّي بِمَا شِئْتُ . صَحَّ ، وَلَهُ مَا شَاءَ ، إِلَّا أَنْ لَا يُجْزَى الْوَرِثَةُ ، فَلَهُ الثَّلَاثُ .

فصل : إِذَا أَوْصَى أَنْ يُحْجَّ عَنْهُ زَيْدٌ بِمِائَةِ ، وَلِعَمْرٍو بِثَمَانِ الثَّلَاثِ ، وَلِسَعْدٍ بِثَلَاثِ مَالِهِ . فَأَجَازَ الْوَرِثَةَ ، أَمْضِيَتْ عَلَى مَا قَالَ الْمُوصِي . وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ عَنِ الْمِائَةِ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالْفَضْلِ ، وَلَا فَضْلَ . وَإِنْ رَدَّ الْوَرِثَةَ ، قُسِمَ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ نِصْفَيْنِ ؛ لِسَعْدِ السَّدْسُ ، وَلَزَيْدِ مِائَةٌ ، وَمَا فَضَّلَ مِنَ الثَّلَاثِ فَلِعَمْرٍو ، فَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ شَيْءٌ ، فَلَا شَيْءَ لِعَمْرٍو ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالزِّيَادَةِ ، وَلَا زِيَادَةَ . وَلَا تُنْتَعِ الْمُزَاوَاةُ بِهِ ، وَلَا يُعْطَى شَيْئًا ، كَوْلِدِ الْأَبِ مَعَ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، فِي مَزَاوَاةِ الْحَدِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي الثَّلَاثِ فَضْلٌ عَنِ الْمِائَةِ ، أَنْ يُرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى نِصْفِ وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الْمِائَةَ بِالْإِجَازَةِ ، فَمَعَ الرَّدِّ يَجِبُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ مِنَ النَّقْصِ بِقَدْرِ

(٣) فِي الزِّيَادَةِ : « مَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٦) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلُّهُ مِنَ الْأَصْلِ . وَبِهِامِشِ النُّسخَةِ أَنَّ هَذَا الْفَصْلَ لَمْ أَجِدْهُ فِي نَسْخَةِ الْوَقْفِ . يَعْنِي الْأَصْلُ .

(٧) فِي ١ : « إِلَى رَجُلٍ » .

(٨) فِي ١ : « أَنْ يَحْجَّ » .

(٩) فِي ١ : « عَلَى » .

وصيته ، كسائر الوصايا . وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم . فإن امتنع زيد من الحج ، وكانت الحجة واجبة ، استُنبِثَ ثقةٌ غيره في الحج بأقل ما يمكن ، ونظام المائة للورثة ، ولعمرو ما فضل . وإن كانت الحجة تطوعاً ، ففى بطلان الوصية بها وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

٦٤/٦ و

فصل : وإن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو ببقية الثلث ، قَوْمُ الْعَبْدِ / يوم موت الموصي ؛ لأنه حال نفوذ الوصية ، ودُفِعَ إلى زيد ، ودُفِعَ بَقِيَّةُ الثُّلُثِ إلى عمرو . فإن لم يبقَ من الثلث شيء ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبد بعد موت الموصي ، أو ردَّ زيد وصيته ، بطلت ولم تبطل وصية عمرو . وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصي أو بعده . وإن مات العبد قبل موت الموصي ، قَوْمُ التَّرَكَةِ حال موت الموصي بدون العبد ، ثم يَقَوْمُ الْعَبْدُ لو كان حياً ، فإن بَقِيَ من الثلث بعد قيمته شيء ، فهو لعمرو ، ولأبطلت وصيته . ولو قال لأحد عبدي : أنت مُدَبِّرٌ . ثم قال لآخر : أنت مُدَبِّرٌ في زيادة الثلث عن قيمة الأول . ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه ، أو خروجه مُسْتَحَقّاً ، أو غير ذلك ، فهي كالتى قبلها ، على ما ذكرنا .

٩٨٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، فَقُتِلَ غَمْدًا أَوْ حَطَأً ، وَأُخِذَتِ الدِّيَّةُ ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الدِّيَّةِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ مِنَ الدِّيَّةِ شَيْءٌ)

اختلفت الرواية عن أحمد ، في مَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ ، أو جزءٍ منه مُشَاعَرٍ ، فَقُتِلَ الموصي ، وأُخِذَتِ دِيَّتُهُ ، هل للموصي منها شيء أو لا ؟ فنقلُ مُهَنَّأٍ عن أحمد ، أنه يستحق منها . وروى ذلك عن علي ، رضى الله عنه ، في دِيَّةِ الْخَطَا . وهو قول الحسن ، ومالك . ونقل ابن منصور ، عن أحمد ، لا يُدْخِلُ الدِّيَّةَ في وصيته . وروى ذلك عن مكحول ، وشريك ، وأبي ثور ، وداود . وهو قول إسحاق . وقال مالك : في دِيَّةِ الْعَمْدِ ؛ لأن الدِّيَّةَ إنما تجب للورثة بعد موت الموصي ، بدليل أن سببها الموت ، فلا يجوز وجوبها قبله ؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه ، ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته ؛

لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له ، فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما يوصي بجزء من ماله ، لا بماله ورثته . ووجه الرواية الأولى ، أن الدية تجب للميت ؛ لأنها بدل نفسه ، ونفسه / له ، فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حال حياته له ، فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا تقضى منها ديونه ، ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، فأما ما تعلقت به حاجته فلا . ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت ، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته ، فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ، ويجهز ، فكذلك دينه ؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته ، فأشبهت قضاء دينه .

فصل : وإن كانت الوصية بمعين ، فعلى الرواية الأولى ^(١) ، يعتبر خروجه من ^(٢) ثلث ماله ودينه ^(٣) ، وعلى الأخرى ، يعتبر خروجه من أصل ماله دون دينه ؛ لأنها ^(٤) ليست من ماله .

فصل : وإن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل الموت ، فأكثر أهل العلم يقولون : إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ، ويعتبر ثلث الجميع . هذا قول الثخمي ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وسواء علم أو لم يعلم . وحكى عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، ومالك ، لا يدخل في وصيته إلا ما علم ، إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء . ولنا ، أنه من ماله ، فدخل في وصيته ، كالعلوم .

(١) في ١ : الأخرى .

(٢ - ٣) في ١ : أصل ماله دون دينه .

(٣) في ١ ، م زيادة : له .

٩٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ)

معنى أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ . أَى جَعَلَ لَهُ التَّصَرُّفَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فِيمَا كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، مِنْ قَضَاءِ دُيُونِهِ ، وَاقْتِضَائِهَا ، وَرَدِّ الْوَدَائِعِ ، وَاسْتِزَادِهَا ، وَتَفْرِيقِ وَصِيَّتِهِ ، وَالْوَلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ الَّذِينَ لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهِمْ مِنَ الصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينِ وَمَنْ لَمْ يُؤْتَسَّنْ رُشْدُهُ ، وَالتَّنْظَرِ لَهُمْ فِي أَمْوَالِهِمْ بِحِفْظِهَا ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا بِمَا لَهُمُ الْحَظُّ فِيهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ ، كَالْعَقْلَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَغَيْرِ أَوْلَادِهِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَعْمَامِ وَسَائِرِ مَنْ عَدَا الْأَوْلَادِ ، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ / عَلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لِلْمَوْصِي عَلَيْهِمْ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَكُونُ ذَلِكَ لِنَائِبِهِ بَعْدَ الْمَمَاتِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا كُلِّهِ خِلَافًا . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيَّ قَالَا : لِلجَدِّ وَلَايَةُ عَلَى ابْنِ ابْنِهِ وَإِنْ سَقَلَ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَادَةً وَتَعْصِييًا ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي الْأُمِّ عِنْدَ عَدَمِ الْأَبِ وَالْجَدِّ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَا وَلَايَةَ ؛ لِأَنَّهَا أَحَدُ الْأَبْوَانِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَبَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ يُدْلِي بِوَاسِطَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْأَخَّ وَالْعَمَّ ، وَفَارَقَ الْأَبَ ، فَإِنَّهُ يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَيَحْجُبُ الْجَدَّ ، وَيُخَالِفُهُ فِي مِيرَاثِهِ وَحُجْبِهِ ، فَلَا يَصِحُّ الْخُلَاقَةُ بِهِ ، وَلَا قِيَاسُهُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تُلِي ؛ لِأَنَّهَا قَاصِرَةٌ لَا تُلِي النِّكَاحَ بِحَالٍ ، فَلَا تُلِي مَالَ غَيْرِهَا ، كَالْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهَا لَا تُلِي بَوْلَايَةَ الْقَضَاءِ ، فَكَذَلِكَ بِالنِّسْبِ ^(١) . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ ، أَوْ قَدْ عَزَلْتُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِبَشَرٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِبَكْرٍ . وَلِأَنَّهُ قَدْ وَجَدَتْ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِمَا مِنْ غَيْرِ غَزَلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَكَانَا وَصِيَّيْنِ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى إِلَيْهِمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً . فَأَمَّا إِنْ أَخْرَجَ الْأَوَّلَ أَعَزَّلَ ، وَكَانَ الثَّانِي هُوَ الْوَصِيُّ ، كَمَا لَوْ عَزَلَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ إِلَى الثَّانِي .

٦٥/٦ و

(١) فِي ١ : (النِّسْبُ) .

فصل : ويجوز أن يوصى إلى رجل بشيء دون شيء ، مثل أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها ، أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب ، فلا يكون له غير ما جعل إليه . ويجوز أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله ، فيكون لكل واحد^(٢) منهم ما جعل إليه دون غيره . ومتى أوصى إليه بشيء ، لم يصير وصيًا في غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصير وصيًا في كل ما يملكه الوصي ، لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته ، فلا تتبع ، كولاية الجد . ولنا ، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي ، / فكان مقصورا على ما إذن فيه ، كالوكيل ، وولاية الجد ممنوعة . ثم تلك ولاية استفادها بقرائنه ، وهي لا تتبع ، والإذن يتبع ، فافترقا .

٦٥/٦ ط

فصل : ويجوز أن يوصى إلى رجلين معا في شيء واحد ، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردا ، فيقول : أوصيت إلى كل واحد منكما^(٣) أن ينفرد بالتصرف . لأنه جعل كل واحد منهما^(٤) وصيًا منفردا ، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد . وله أن يوصى إليهما ليتصرفا^(٥) مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ؛ لأنه لم يجعل ذلك إليه ، ولم يرض بنظره وحده . وهاتان الصورتان لا أعلم فهم خلافا . وإن أطلق ، فقال : أوصيت إليكما في كذا . فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو يوسف : له ذلك ؛ لأن الوصية والولاية لا تتبع ، فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين^(٦) في تزويج أختيهما . وقال أبو حنيفة ، وعمر : يستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيته ، ورد الوديعة بعينها ، وشراء

(٢) سقط من : م .

(٣) في ١ : منها .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : ١ .

(٦) في م : كالأخوين .

مالاً بُدِّ لِلصَّغِيرِ مِنْهُ مِنَ الْكُسُوفِ وَالطَّعَامِ ، وَقَبُولِ الْهَيْبَةِ لَهُ ، وَالْخُصُومَةِ عَنْ الْمَيْتِ فِيمَا يُدْعَى لَهُ أَوْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ يَشُقُّ الْاجْتِمَاعُ عَلَيْهَا وَيَضُرُّ تَأْخِيرُهَا ، فَجَازَ الْاِثْتِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَكٌ بَيْنَهُمَا فِي النَّظَرِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا الْاِثْتِرَادُ ، كَالْوَكِيلَيْنِ . وَمَا قَالَهُ أَبُو يَوْسَفَ نَقُولُ بِهِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِمَا بِاجْتِمَاعِهِمَا ، فَلَيْسَتْ مُتَبَعَةً ، كَمَا لَوَكَّلَيْنِ ، أَوْ صَرَّحَ لِلْوَصِيِّينَ بِأَنْ لَا يَتَصَرَّفَا إِلَّا مُجْتَمِعَيْنِ . ثُمَّ يَطَّلُ مَا قَالَهُ بِهِاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ ، وَيَطَّلُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ بَهُمَا أَيْضًا . وَإِذَا تَعَذَّرَ اجْتِمَاعُهُمَا ، أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا مَقَامَ الْغَائِبِ .

٦٦/٦ و

فصل : فِي مَنْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَمَنْ لَا^(٧) تَصِحُّ ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الرَّجُلِ الْعَاقِلِ الْمُسْلِمِ الْحُرِّ الْعَدْلِ إِجْمَاعًا . وَلَا تَصِحُّ إِلَى مَجْنُونٍ ، وَلَا طِفْلِ ، وَلَا / وَصِيَّةٌ مُسْلِمٍ إِلَى كَافِرٍ . بَغْيٍ خِلَافَ تَعْلُمِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونَ وَالطِّفْلَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِهِمَا ، فَلَا يَلِيَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَالْكَافِرَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَى مُسْلِمٍ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَمْ يُجْزَ عَطَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ قَاضِيَةً ، فَلَا تَكُونُ وَصِيَّةً ، كَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، مَا رُويَ أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَوْصَى إِلَى حَفْصَةَ^(٨) . وَلِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ، فَأُشْبِهَتْ الرَّجُلَ ، وَتُخَالَفُ الْقَضَاءُ ، فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهُ الْكَمَالُ فِي الْخِلَاقَةِ وَالْاجْتِهَادِ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ . وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْأَعْمَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِيهِ وَجْهٌ^(٩) أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَلَا شِرَاؤُهُ ، فَلَا يُوجَدُ فِيهِ مَعْنَى الْوِلَايَةِ . وَهَذَا لَا يُسَلِّمُ لَهُمْ ، مَعَ أَنَّهُ يُمَكِّنُهُ التَّوَكُّلَ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْوِلَايَةِ فِي النِّكَاحِ ، وَالْوِلَايَةِ عَلَى أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ

(٧) فِي م : ١ : لَمْ .

(٨) تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٢٠٧ .

(٩) فِي م : ١ : وَجَدَ .

إليه كالبصير . وأما الصبي العاقل ، فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد ، فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ
الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَالْإِقْرَارِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ إِلَّا بِإِذْنِ ، فَلَمْ
يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى . وَلَأَنَّهُ مُؤَلَّى عَلَيْهِ ، فَلَا يَكُونُ وَالِيًا ، كَالطِّفْلِ
وَالْجُنُونِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ
الْمَذْهَبِ صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَدْ نَصَّ عَلَى صَحَّةِ وَكَالَتِهِ . وَعَلَى هَذَا يُعْتَبَرُ أَنْ
يَكُونُ قَدْ جَاوَزَ الْعَشْرَ . وَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسْلِمٍ إِلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَلِي عَلَى
مُسْلِمٍ ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَلَا الْعَدَالَةِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْجُنُونِ
وَالْفَاسِقِ . وَأَمَّا وَصِيَّةُ الْكَافِرِ/إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا فِي دِينِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ؛
لَأَنَّ عَدَمَ الْعَدَالَةِ فِي الْمُسْلِمِ يَمْنَعُ صَحَّةَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَمَعَ الْكُفْرَ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ عَدْلًا
فِي دِينِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لَأَنَّهُ
يَلِي بِالنِّسْبِ ، فَلِي الْوَصِيَّةُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَالثَّانِي ، لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ؛
لَأَنَّهُ فَاسِقٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَفَاسِقِ الْمُسْلِمِينَ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ
كَهَذَيْنِ . وَأَمَّا وَصِيَّةُ الْكَافِرِ إِلَى الْمُسْلِمِ ، فَتَصِحُّ^(١١) إِذَا لَمْ تَكُنْ^(١٢) تَرَكْتُهُ خَيْرًا وَلَا^(١٣) .
خَيْرٌ زَيْرًا . وَأَمَّا الْعَبْدُ ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ عَبْدَ
نَفْسِهِ أَوْ عَبْدَ غَيْرِهِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ النُّعْمِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ : تَصِحُّ
الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ وَلَا تَصِحُّ إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ
إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي رِزْقِهِ رَشِيدٌ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ
إِلَى عَبْدٍ بِحَالٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَكُونُ وَلِيًّا عَلَى ابْنِهِ بِالنِّسْبِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَلِيَ الْوَصِيَّةُ ، كَالْجُنُونِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِنَابَتُهُ فِي الْحَيَاةِ ، فَصَحَّ أَنْ يَوْصَى إِلَيْهِ ، كَالْخُرِّ . وَقِيَاسُهُمْ يَبْطُلُ
بِالْمَرَأَةِ . وَالْخِلَافُ فِي الْمَكَاتِبِ وَالْمُدْتَرِّبِ وَالْمُعْتَقِ بَعْضُهُ كَالْخِلَافِ فِي الْعَبْدِ الْقَيْنِ . وَقَدْ
نَصَّ الْخِرَقِيُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَى أُمِّ وَلَدِهِ جَائِزَةٌ . نَصَّ^(١٤) عَلَيْهِ أَحْمَدُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَُا تَكُونُ

(١٠ - ١٠) ق م : : إلأن تكون .

(١١) ق م : : أو .

(١٢) ق م : : وقد نص .

حُرَّةٌ عِنْدَ تَفْوِذِ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ . وَأَمَّا الْفَاسِقُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ لَا تَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا كَانَ مَتَّهِمًا ، لَمْ تَخْرُجْ مِنْ يَدِهِ . وَقَالَ الْخُرْقِيُّ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا ضَمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، وَيَضُمُّ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ أَمِينًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَتَفَقَّدُ تَصَرُّفُهُ ، وَعَلَى الْحَاكِمِ عَزْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَقْلِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْعَدْلِ ، / وَوَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْوَصِيَّةِ ، فَلَمْ تَجْزِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، كَالْمَجْنُونِ . وَعَلَى أَيْ حَنِيفَةَ ، لَا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيُعْتَبَرُ وَجُودُ هَذِهِ الشَّرُوطِ فِي الْوَصِيِّ حَالَ الْعَقْدِ وَالْمَوْتِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يُعْتَبَرُ حَالَ الْمَوْتِ حَسْبُ ، كَالْوَصِيَّةِ لَهُ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَرْطٌ لِعَقْدٍ ، فَتُعْتَبَرُ حَالَ وُجُودِهِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لَهُ ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ وَإِنْ كَانَ وَارِثًا ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ عَدَمُ الْإِرْثِ ، وَخُرُوجُهَا مِنَ الثَّلَاثِ لِلتَّفْوِذِ وَاللُّزُومِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ اللُّزُومِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، فَإِنَّهَا شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَةَ الْعَقْدِ ، وَلَا يَنْفَعُ وَجُودُهَا بَعْدَهُ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَوْ كَانَتْ الشَّرُوطُ كُلُّهَا مُنْتَفِيَةً ، أَوْ بَعْضُهَا حَالَ الْعَقْدِ ، ثُمَّ وُجِدَتْ حَالَةَ الْمَوْتِ . لَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَوْصَيْتُ إِلَى زَيْدٍ ، فَإِنْ مَاتَ فَقَدْ أَوْصَيْتُ إِلَى عَمْرٍو . صَحَّ ذَلِكَ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا ، إِلَّا أَنْ عَمْرٍو وَصِيَ بَعْدَ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي جَيْشٍ مُؤْتَةٍ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » ^(١٣) . وَالْوَصِيَّةُ فِي مَعْنَى التَّأْمِيرِ . وَإِنْ قَالَ :

(١٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ مُؤْتَةٍ مِنْ أَرْضِ الشَّامِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨١/٥ ، ١٨٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠٤/١ ، ٢٠٦ ، ٢٩٩/٥ .

أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنِي كَانَ وَصِيٌّ . صَحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(١٤) ، فَإِذَا كَبِرَ ابْنُهُ صَارَ وَصِيَّهُ . وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ : وَصَيْتُ لَكَ ^(١٥) ، فَإِنْ تَابَ ابْنِي عَنْ فِسْقِهِ ، أَوْ قَدِمَ مِنْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ ، أَوْ اشْتَغَلَ بِالْعِلْمِ ، أَوْ صَالَحَ أُمُّهُ ، أَوْ رَشِدَ ، فَهُوَ وَصِيٌّ . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَيَصِيرُ وَصِيًّا عِنْدَ وُجُودِ هَذِهِ الشَّرُوطِ .

٩٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْوَصِيُّ خَائِنًا ، جُعِلَ مَعَهُ أَمِينٌ)

ظَاهِرُ هَذَا صَحَّةُ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْفَاسِقِ ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ عَدُوًّا فَتَغَيَّرَ حَالُهُ إِلَى الْخِيَانَةِ لَمْ يَخْرُجْ مِنْهَا ، وَيُضْمُّ إِلَيْهِ أَمِينٌ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ نَحْوَ ذَلِكَ . قَالَ : إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ مُتَمَهَمًا ، لَمْ يَخْرُجْ / مِنْ يَدِهِ . وَنَقَلَ السَّرُودِيُّ ، عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ ، لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ ^(١) ، فَقَالَ لِلْآخَرِ ^(٢) : أَعْطِنِي . لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا ، لَيْسَ هَذَا بِمَوْضِعٍ لِلْوَصِيَّةِ . فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ الْمَرِيضُ قَدْ رَضِيَ بِهِ ؟ فَقَالَ : وَإِنْ رَضِيَ بِهِ . فَظَاهِرُ هَذَا إِبْطَالُ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ وَكَلَامَ أَحْمَدَ فِي إِثْبَاتِهِ فِي الْوَصِيَّةِ ، عَلَى أَنَّ خِيَانَتَهُ طَرَأَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ خِيَانَتُهُ مَوْجُودَةً حَالَ الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوَلِّيَةُ الْخَائِنِ عَلَى يَتِيمٍ فِي حَيَاتِهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَلَايَةٌ وَأَمَانَةٌ ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِمَا . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا كَانَ الْوَصِيُّ فَاسِقًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَا وَصِيَّ لَهُ ، وَيَنْظَرُ فِي مَالِهِ الْحَاكِمُ . وَإِنْ طَرَأَ فُسْقُهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ ، زَالَتْ وَلَايَتُهُ ، وَأَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ أَمِينًا . هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ :

(١٤) في ١ : ذلك .

(١٥) في ١ : إليك .

(١) في الأصل ، ١ : الوصية .

(٢) في ٢ : الآخر .

لا تزول ولايته ، ويضم إليه أمين ينظر معه . ورؤى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتخصيل نظر الوصى بإبقائه في الوصية ، فيكون جمعاً بين الحقيقتين . وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين ، نعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد . وأما التفريق بين الفسق الطارئ وبين المقارن ، فبعيد ؛ فإن الشروط تعتبر في الدوام ، باعتبارها في الابتداء ، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ، ولو لم يكن بد من التفريق ، لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى ، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية ، فقد رضى به الموصى ، مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه ، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض / به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد ، جازله التصرف وحده ، ولو وصى إلى اثنين ، لم يجز للواحد التصرف .

فصل : وأما العدل الذى يعجز عن النظر ، لعلية أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه ، ويضم إليه الحاكم أميناً ، ولا يزال يده عن المال ، ولا نظره ؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة ، فصحت الوصية إليه . وهكذا إن كان قوياً ، فحدث فيه ضعف أو علة ، ضم الحاكم إليه يداً أخرى ، ويكون الأول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون ؛ لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصى . وهذا قول الشافعى ، وأبى يوسف . ولا (٣) أعلم لهما مخالفاً .

فصل : وإذا تغيرت حال الوصى بجنون ، أو كفر ، أو سقم ، زالت ولايته ، وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم ، فيقيم أميناً ناظر للميت في أمره وأمر أولاده من بعده ، كما لو لم يخلف وصياً . وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل

الموت ، ثم عادَ فكانَ عندَ الموتِ جامعاً للشروطِ الوَصِيَّةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشروطَ موجودةٌ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو لم تتغيَّر حاله . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كُلَّ حالةٍ منها حالةٌ للقبولِ والرَّدِّ ، فاعتُبرتِ الشروطُ فيها . فأما إن زالت بعدَ الموتِ ، فانتزَل ، ثم عادَ ، فكمَّلَ الشروطَ ، لم تُعَدَّ وصِيَّتَه ؛ لأنها زالت ، فلا تعودُ إلا بعقدٍ جديد .

فصل : وَيَصَحُّ قَبُولُ الوَصِيَّةِ وَرُدُّهَا فِي حَيَاةِ الموصِي ؛ لأنها إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فصَحَّ قَبُولُه بعدَ العَقْدِ ، ^(٤) كالتَّوَكُّيلِ ^(٥) ، بخلافِ الوَصِيَّةِ له ، فإنَّها تَمْلِكُ فِي وَقْتِ ، فلم يَصَحِّ القَبُولُ قَبْلَ الوَقْتِ . ويجوزُ تأخيرُ القَبُولِ إلى ما بعدَ الموتِ ؛ لأنها أنواعُ وصِيَّةٍ ، فصَحَّ قَبُولُهَا بعدَ الموتِ ، كالوصِيَّةِ له ، ومتى قَبِلَ صارَ وصِيّاً ، وله عَزْلُ نفسه متى شاءَ ، مع القُدْرَةِ والعَجْزِ ، فِي حَيَاةِ الموصِي وبعدَ موْتِه ، / بِمَشْهَدٍ مِنْهُ وَفِي غَيْبَتِهِ . ٦٨/٦ ظ

وهذا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ له ذلك بعدَ الموتِ بِحَالٍ ، ولا يجوزُ فِي حَيَاتِهِ إِلَّا بِحَضْرَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ بِالْإِتْرَامِ وَصِيَّتَه ، ومنَعَهُ بِذَلِكَ الْإِبْصَاءَ إِلَى غَيْرِهِ . وذكر ابنُ أُمَيٍّ موسى ، فِي « الإِرْشَادِ » روايةً عَنْ أَحْمَدَ ، ليس له عَزْلُ نفسه بعدَ الموتِ لذلِكَ . ولنا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فكانَ له عَزْلُ نفسه ، كالوَكِيلِ .

فصل : ويجوزُ أَنْ يَجْعَلَ لِلْوَصِيِّ جُعْلاً ؛ لأنها بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ ، وَالْوَكَالَةُ تَجُوزُ بِجُعْلٍ ، فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ . وَقَدْ نَقَلَ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، فِي الرَّجْلِ يُوصِي إِلَى الرَّجْلِ ، وَيَجْعَلُ لَهُ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً ، فَلَا بِأَسَ . وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ ^(٦) الْمَوْصَى لَهُ جَائِزَةٌ عَلَى الْوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُمْ ، وَمُقَاسَمَتُهُ لِلْوَرِثَةِ عَلَى الْمَوْصَى لَهُ لَا تَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنْهُ .

(٤ - ٤) فِي م : « كَالْوَكِيلِ » .

(٥) فِي م : « الْمَوْصَى » .

فصل : وإذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، نحو أن يقول ^(٦) : أدِنتُ لك أن تُوصى إلى من شئت ، أو كُلُّ من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه ، أو فهو وصي . صح ، وله أن يوصى إلى من شاء ؛ لأنه رضى باجتهاده واجتهاد من يراه ، فصَحَّ ، كما لو وصى إليهما معاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن الشافعي أنه قال في أحد القولين : ليس له أن يوصى ؛ لأنه يلي بتوليّه ، فلا يصح أن يوصى ، كالوكيل . ولنا ، أنه مأذون له في الإذن في التصرف ، فجاز له أن يأذن لغيره ، كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه . فأما إن أوصى إليه ، وأطلق ، ولم يأذن له في الإيصاء ولا نهاء ^(٧) عنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، له أن يوصى إلى غيره . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والثوري ، وأبي يوسف ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه ، فكان له الوصية ، كالأب . والثانية ، ليس له ذلك . وهو اختيار أبي بكر . ومذهب الشافعي ، وإسحاق . وهو الظاهر من مذهب الحنفي ؛ لقوله ذلك في الوكيل ^(٨) ؛ / لأنه يتصرف ^(٩) بتولية ، فلم يكن له التفويض ، كالوكيل ، ويخالف الأب ؛ لأنه يلي بغير تولية .

٦٩/٦ و

٩٨٧ - مسألة ؛ قال : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت أمين)

وجملة ذلك ، أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين ، فمتى أوصى إليهما مطلقاً ، لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما ، أو جن ، أو وجد منه ما يوجب عزله ، أقام الحاكم مقامه أميناً ؛ لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقي منها وحده .

(٦) في زيادة : « قد » .

(٧) في ١ ، م : « ينه » .

(٨) في ١ : « التوكيل » .

(٩) في الأصل : « تصرف » .

فإن أراد الحاكم رد النظر إلى الباقي منهما ، لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعي وجهًا في جوازِه ؛ لأنَّ النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية ، كان له رده إلى واحد ، كذلك ههنا ، فيكون ناظرًا بالوصية من الموصي ، والأمانة من جهة الحاكم . ولنا ، أنَّ الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده ، فوجب ضم غيره إليه ؛ لأنَّ الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده . وإن تغيرت حالهما جميعًا بموت أو غيره ، فللحاكم أن ينصب مكانهما . وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه لما عديم الوصيان ، صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوصر ، ولو لم يوصر لاكتفى بواحد ، كذا ههنا . ويفارق ما إذا كان أحدهما حيًّا ؛ لأنَّ الموصي بين أنه لا يرضى بها وحده ، بخلاف ما إذا ماتا معًا . والثاني ، لا يجوز أن ينصب إلا اثنين ؛ لأنَّ الموصي لم يرض بواحد ، فلم يقتنع به ، كما لو كان أحدهما حيًّا . فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفردًا ، فمات أحدهما أو خرج من الوصية ، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما له النظر بالوصية ، فلا حاجة إلى غيره . وإن ماتا معًا ، أو خرجا عن الوصية ، فللحاكم أن يقيم واحدًا يتصرف . وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغيرًا لا يزيله عن الوصية ، كالعجز عنها الضعيف أو علة ونحو ذلك ، وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفردًا ، فليس للحاكم أن يضم إليهما أمينًا ؛ لأنَّ الباقي منهما يكفي ، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده^(١) ؛ لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أمينًا . وإن كانا^(٢) ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفرد ، فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينًا ، يتصرف معه على كل حال ، فيصيرون ثلاثة ؛ الوصيان والأمين معهما ، و [ليس]^(٣) لكل واحد منهما التصرف وحده .

ظ ٦٩/٦

(١) في الأصل : عنده .

(٢) في ١ ، م : كان .

(٣) تكملة يصحح بها السياق . وفي حاشية م إشارة إلى هذا .

فصل : وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال^(٤) منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأن الموصى لم يأمن أحدهما على حفظه ، ولا التصرف فيه . وقال مالك : يجعل عند أحدهما . وقال أصحاب الرأي : يقسم بينهما . وهو المنصوص عن الشافعي ، إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه ؛ فقال بعضهم : إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الانفرد . وقال بعضهم : بل هو عام فيهما . ولنا ، أن حفظ المال من جملة الموصى به ، فلم يخر لأحدهما الانفرد به ، كالتصرف . ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بحفظ بعضه ، لجاز له أن يتفرد بالتصرف في بعضه .

فصل : لا بأس بالدخول في الوصية ، فإن الصحابة ، رضى الله عنهم ، كان بعضهم يوصى إلى بعض ، فيقبلون الوصية ، فروى عن أبي عبيدة ، أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر . وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ ؛ عثمان ، وابن مسعود ، واليقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، ومطيع بن الأسود ، وآخر . وروى عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل . وفي وصية ابن مسعود : إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا ، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ، ثم إلى الزبير بن العوام ، وإني عبد الله^(٥) . ولأنها وكالة وأمانة ، فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة . وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى ؛ لما فيها من الخطر ، وهو لا يعدل بالسلامة شيئا ، ولذلك كان يرى / ترك الالتقاط ، وترك الإخرام قبل الميعات أفضل ، تحريماً للسلامة ، واجتناباً للخطر . وقد روى حديث يدل على ذلك ، وهو ما روى أن النبي ﷺ قال لأبي ذر : « إني أراك ضعيفاً ، وإني أحب لك ما أحب ل نفسي ، فلا تأمرن

٧٠/٦ و

(٤) سقط من : ١ .

(٥) تقدم في صفحة ٤٧٣ .

عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوَلَّيْنِ مَالَ يَتِيمٍ ۝ . أخرجه مسلم ^(٦) .

فصل : فإن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم في بلده ، فظاهر كلام أحمد ، رحمه الله ، أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ، ويبيع ما دعت الحاجة إلى بيعه ، فإن صالحاً تقل عنه ، في رجل بأرض غريبة ، لا قاضى بها ، مات وخلف جوارى ومالاً أثرى لرجل من المسلمين يبيع ذلك ؟ فقال : أمّا المنافع والحيوان ، فإن اضطروا إلى بيعه ، ولم يكن قاضر ، فلا بأس ، وأمّا الجوارى فأحب إلى أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام . وإنما توقف عن بيع الإمام على طريق الاختيار احتياطاً ؛ لأن بيعهن يتضمن إباحة فرج ، وأجاز بيع ذلك ؛ لأنه موضع ضرورة .

فصل : وإذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن له أخذ شيء منه . نص عليه أحمد ، فقال : إذا كان في يده مال للمساكين ، وأبواب البر ، وهو يحتاج إليه ، فلا يأكل منه شيئاً ، إنما أمر بتنفيذه . وبهذا قال مالك ، والشافعى . وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : إذا قال الموصى : جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت ، أو حيث رأيت . فله أخذه لنفسه وولده . ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا ؛ لأنه يتناول لفظ الموصى . ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال ، فإن دلّت على أنه أراد أخذه منه ، مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف إليهم ذلك ، أو عادته الأخذ من مثله ، فله الأخذ منه ، وإلا فلا . ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه ؛ لأنه مأمور بالتفريق ، وقد فرق في من يستحق ، فأشبهه مالهودفع إلى أجنبي . / ولنا ، أنه تمليك ملكه بالإذن ، فلا يجوز أن يكون قابلاً ، كما لو وكله في بيع سلعة ، لم يجز له بيعها من نفسه .

٧٠/٦ ظ

(٦) في : باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، من كتاب الإمارة : صحيح مسلم ١٤٥٨/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب ما جاء في الدخول في الوصايا ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٢/٢ .
والنسائي ، في : باب النهي عن الولاية على مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٤/٦ . والإمام أحمد ، في :
المسند ١٨٠/٥ .

فصل : وإن وصّى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة^(٧) إخراج ثلث ما في أيديهم ، ففيه^(٨) روايتان ؛ إحداهما ، يُخرج الثلث كله ممّا في يده . نقلها أبو طالب ؛ لأنّ حقّ الموصى له متعلّق بأجزاء التركة ، فجاز أن يدفع إليه ممّا في يده ، كما يدفع إلى بعض الورثة . والأخرى ، يدفع إليه ثلث ما في يده ، ولا يعطيهم شيئاً ممّا في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم . نقلها أبو الحارث ؛ لأنّ صاحب الدّين إذا كان للمدين في يديه مالٌ ، لم يملك استيفاءه ممّا في يديه ، كذا ههنا . ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حائلي ، فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً ، فلموصى أن يخرج الثلث كله ممّا في يديه ؛ لأنّه لا فائدة في انتظار إخراجهم ممّا في أيديهم ، مع اتّحاد الجنس . والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً ، فإنّ الوصية تتعلّق بثلث كلّ جنس ، فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم ممّا في يده ؛ لأنّه معاوضة لا تجوز إلّا برضاهم ، والله أعلم .

فصل : إذا علم الوصى أنّ على الميت ديناً ، إمّا بوصية الميت أو غيرها ، فقال أحمد : لا يقضيه إلّا ببيّنة . قيل له : فإن كان ابن الميت يصدّقه ؟ قال : يكون ذلك في حصّة من أقر بقدر حصّته . وقال في من استودع رجلاً ألف درهم ، وقال : إن أنا ميت ، فادفعها إلى ابني الكبير . وله ابنان ، أو قال : ادفعها إلى أجنبي . فقال : إن دفعها إلى أحد الابنين ، ضمن للأخر قدر حصّته ، وإن دفعها إلى الآخر ، ضمن . ولعلّ هذا من أحمد فيما إذا لم يصدّق الورثة الوصى ، ولم يُقرّوا ، فلا يقبل قوله عليهم ، وليس له الدّفع بغير إذنهم ؛ لأنّ قوله أقرّ عندي وأذن لي ، إثبات ولاية ، فلا يقبل قوله فيه ، ولا شهادته ؛ لأنّه يشهد لنفسه بالولاية . / وقد نقل أبو داود ، في رجل أوصى أن لفلان على كذا ، يتبّع للوصى أن ينفذه ، ولا يحلّ له إن لم ينفذه^(٩) . فهذه المسألة محمولة

و ٧١/٦

(٧) سقط من : أ ، ب ، م .

(٨) في م : « فنه » .

(٩) في أ ، م : « ينفذ » .

على أن الورثة يُصدّقون الوصى أو المدعى ، أو له يئنه بذلك ، جَمْعًا بين الروايتين ، وموافقةً للدليل . قيل لأحمد : فإن علم الموصى إليه لرجل حقًا على الميت ، فجاء الغريم يُطالب الوصى ، وقدمه إلى القاضى ليستخلفه أن مالى فى يديك حتى . فقال : لا يخلف . ويعلم القاضى بالقضية ، فإن أعطاه القاضى فهو أعلم . فإن ادعى رجل دينًا على الميت ، وأقام به يئنه ، فهل يجوز للوصى قبولها ، وقضاء الدين بها ، من غير حضور حاكم ؟ فكلأحمد يدل على روايتين ؛ إحداهما ، قال : لا يجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم اليئنه . فظاهر هذا أنه جوز الدفع باليئنه من غير حكم^(١٠) حاكم ؛ لأن اليئنه له حجة . وقال فى موضع آخر : إلا أن يئت يئنه^(١١) عند الحاكم بذلك ، فأما إن صدقهم الورثة على ذلك . قيل ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

٩٨٨ - مسألة ؛ قال (: ومن أعتق فى مريضه ، أو بعد موته ، عبدنين ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما مائتان ، والآخري ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ، أفرغ يئنهما ، فإن وقعت الفرعة على الذى قيمته مائتان ، عتق منه خمسة أسداسه ، وهو ثلث الجميع . وإن وقعت على الآخري ، عتق منه خمسة أسداسه ؛ لأن جميع ملك الميت خمس مائة درهم ، وهو قيمة العبدنين ، فضرِب فى ثلاثة ، فأخذ ثلثه خمس مائة . فأما إن وقعت الفرعة على الذى قيمته مائتان ، ضربناه فى ثلاثة ، فصيرناه بمائة ، فصار العتق منه خمسة أسداسه . وكذلك يفعل فى الآخري إذا وقعت عليه الفرعة . وكل شئ يأتى من هذا الباب فسيله أن يضرب فى ثلاثة ، ليخرج بلا كسر)

هذه المسألة دالة على أحكام أربعة ؛ منها أن حكم العتق فى مريض الموت حكم

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى : م ، : يئنه .

الْوَصِيَّةُ ، لَا يَجُوزُ مِنْهُ إِلَّا «ثُلُثُ / الْمَالِ»^(١) ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرِثَةُ . وَهَذَا قَوْلُ جُمْهُورِ
 الْفُقَهَاءِ . وَحُكِّيَ عَنْ سُروِي ، فِي مَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ :
 أُجِيزَهُ بِرُثْمَتِهِ ، شَيْءَ جَعَلَهُ اللَّهُ لَا أَرُدُّهُ^(٢) . وَهَذَا قَوْلُ شَاذٍ يُخَالِفُ الْأَثَرُ وَالنَّظَرُ ، فَأَنَّهُ
 قَدْ صَحَّ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ ، أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ سَيِّئَةً أَعْبَدَ عِنْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ
 يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَدَعَا بِهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَى أَرْبَعَةً .
 وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلَأَنَّهُ تَبَرَّعَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ فَأَشْبَهَ
 سَائِرَ الْعَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ . الثَّانِي ، أَنَّ الْعِتْقَ إِذَا كَانَ فِي أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ
 الثُّلُثُ ، كَمَلْنَا الثُّلُثَ فِي وَاحِدٍ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً كَمَلْنَا الْعِتْقَ فِي بَعْضِهِمْ
 بِالْقُرْعَةِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ عِمْرَانَ^(٤) بْنِ حُصَيْنٍ الْمَذْكُورِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنْ
 الثُّلُثِ إِلَّا جُزْءٌ مِنْ عِبْدٍ ، عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ خَاصَّةً ، وَرَقَّ بَاقِيهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي
 الْعِتْقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الرَّابِعُ ، إِبْثَابُ الْقُرْعَةِ وَمَشْرُوعِيَّتُهَا ؛ بِدَلِيلِ حَدِيثِ
 عِمْرَانَ ، وَفِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْأَعْبِدِ الَّذِينَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ . فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ تَكْمِيلِ الْعِتْقِ ، فَإِنَّ
 الْعَبِيدَ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَتُهُمْ ، وَكَانَ لَهُمْ ثُلُثٌ صَحِيحٌ ، كَسْتَةِ أَعْبَدَ ، قِيَمَةُ كُلِّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ
 ثُلُثُ الْمَالِ ، جَعَلْنَا كُلَّ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ^(٥) ثُلُثًا ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وَسَهْمِي رِقٍّ ،
 كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَالَّذَانِ يَقَعُ لِهَاسِهِمَا الْحُرِّيَّةُ يَعْتَقَانِ ، وَيَرِقُّ الْآخَرُونَ . وَإِنْ كَانَ
 فِيهِمْ كَسْرٌ ، كَمَسَالَةِ الْخَرْقِيِّ ، أَقْرَعْتَ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ قُرْعَةُ
 الْحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْتَ قِيَمَتَهُ فِي ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ ، فَمَهُمَا^(٦) يَلْغُ نَسَبَتْ إِلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ
 جَمِيعًا ، فَمَهُمَا خَرَجَ بِالنَّسْبَةِ ، فَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي يَعْتَقُ مِنْهُ . فَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، إِذَا وَقَعَتْ

(١ - ١) فِي ١ : الثُّلُثُ .

(٢) فِي م : إِرَادَةُ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٩٥ .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي ١ ، م : فَمَا .

الْقُرْعَةُ عَلَى الذِّى قِيَمَتُهُ مَائَتَانِ ، ضَرَبَتْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، صَارَتْ ^(٧) سِتِّمَائَةً ، وَنَسَبَتْ مِنْهَا قِيَمَةَ الْعَبْدَيْنِ مَعًا ، وَهِيَ خَمْسُمَائَةٌ ، تَجِدُهَا خَمْسَةُ أَسْدَاسِهَا ، فَيُعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى / الْآخِرِ ، عَتَقَ خَمْسَةَ أَتْسَاعِهِ . وَتَمَامُ شَرْحِ ذَلِكَ بَاقِي فِي بَابِ الْعَتَقِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٩٨٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَمْ يُسَمِّ الْعَبْدَ ، كَانَ لَهُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِلَّا مَلَكَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ) وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَعَبْدٍ مِنْ عِبِيدِهِ ، وَشَاؤَ مِنْ غَنِمِهِ ، تَصَحُّحٌ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْجَاهِلِ تَصَحُّحٌ فِيمَا مَضَى . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَاخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُوصَى لَهُ ، فَرَوَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَحَدَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، وَيُشَبِّهُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، أَنَّهُ يُعْطَى أَحْسَنَهُمْ . يَعْنِي يُعْطَاهُ الْوَرِثَةُ مَا أَحَبُّوا مِنَ الْعَبِيدِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ قَوْلًا يَفْتَضِي أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبِيدَ ، فَلَهُ ثَلَاثُهُمْ . وَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً فَلَهُ رُبُعُهُمْ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا أَوْصَى بِعَشْرٍ مِنْ إِبِلِهِ ، وَهِيَ مَائَةٌ ، يُعْطَى عَشْرُهَا ، وَالتَّخْلُ ، وَالرَّقِيقُ ، وَالدَّوَابُّ عَلَى ذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُعْطَى عَشْرَةٌ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّهُ الذِّى تَنَاوَلَهُ لَفْظُهُ ، وَلَفْظُهُ هُوَ الْمُفْتَضَى ، فَلَا يُعَدَّلُ عَنْهُ ، وَلَكِنْ يُعْطَى وَاحِدًا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَلَيْسَ وَاحِدًا بِأَوَّلَى مِنْ وَاحِدٍ ، فَوَجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ . وَعَلَى مَا نَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، يُعْطَاهُ الْوَرِثَةُ مِنْ عِبِيدِهِ مَا شَاءُوا ، مِنْ صَحِيحٍ أَوْ مَعْيِبٍ ، حَيِّدٍ أَوْ رَدِيءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الْعَبْدِ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِعَبْدٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى عِبِيدِهِ . وَإِنْ لَمْ ^(٨) يَكُنْ لَهُ إِلَّا عَبْدٌ وَاحِدٌ . تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُ عِبِيدٌ فَمَاتُوا كُلُّهُمْ إِلَّا وَاحِدًا ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، لَتَعَلُّرٍ تَسْلِيمِ الْبَاقِي . وَإِنْ تَلَفَ رَقِيقُهُ

(٧) فِي الْأَصْلِ : وَصَارَتْ .

(٨) فِي م : وَ لَمْ .

جميعهم قبل موت الموصي ، أو قتلوا ، بطلت الوصية ؛ لأنها إنما تُلزَمُ بالموت ، ولا رقيق له حيث . وإن تُلغوا بعد موته بغير تفريط من الورثة ، بطلت الوصية ؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة ؛ / لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم . وإن قتلهم قاتل ، فليُوصى له قيمة أحدهم ، مئنيًا على الروايتين في من يستحقه منهم في الحياة . ولو قال : أوصيت لك بعبد من عبيدي . ولا عبيد له ، لم تصح الوصية ؛ لأنه أوصى له بلا شيء ، فهو كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، أو بداري . ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبيدًا ، احتمل أن لا تصح الوصية ؛ لأنها وقعت باطلة ، فلم تصح . كما لو قال : أوصيت لك بما في كيسي . ولا شيء فيه ، ثم جعل في كيسه شيئًا . ولأن الوصية تقتضي عبدًا من الموجودين له حال الوصية . ويحتمل أن تصح ، كما لو وصى له بألف لا يملكه ، ثم ملكه ، أو وصى له بثلاث عبيده ، ثم ملك عبيدًا آخرين . وقد روى ابن منصور ، عن أحمد ، في رجل قال في مرضه : أعطوا فلانًا من كيسي مائة درهم . فلم يوجد في كيسه شيء . يُعطى مائة درهم . فلم تبطل الوصية ؛ لأنه قصد إعطاء مائة درهم ، وظنها في الكيس ، فإذا لم تكن في الكيس ، أُعطى من غيره . فكذا يخرُج في الوصية بعبد من عبيده ، إذا لم يكن له عبيد ، أن يشتري له من تركته عبد ، ويُعطى إياه .

فصل : وإن وصى الرجل بعبد ، صحَّت الوصية ، ويشتري له عبد أي عبد كان . وإن كان له عبيد ، أعطاه الورثة ما شاءوا ، ولا قرعة ههنا ؛ لأنه لم يضيف^(١) الرقيق إلى نفسه ، ولا جعله واحدًا من عددٍ مَحْصُورٍ ، فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يُسمَّى عبدًا ، كما لو أقر له بعبد . قال القاضي : ولهم أن يعطوه ما شاءوا من ذكر أو أنثى . والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكرًا ؛ فإن الله تعالى فرق بين العبيد والإماء ، بقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

(٢) في النسخ : ٥ : يصف .

وَمَا يَكُنْ ﴿٣﴾ . والمعطوف يُغَايِرُ المعطوف عليه ظاهراً . ولأنه في العَرَفِ كذلك ، فإنه لا يُفْهَمُ من إطلاق اسم العَبْدِ إلَّا الذَّكَرُ . ولو وَكَّلَهُ / في شِرَاءِ عَبْدٍ ، لم يَكُنْ له شِرَاءُ أُمَةٍ ، فلا تَنْصَرِفُ وَصِيَّتُهُ إلَّا إلى الذَّكَرِ . وإن وَصَّى له بأُمَةٍ أو جَارِيَةٍ ، لم يَكُنْ له إلَّا الْأُنْثَى ، وليس له أن يُعْطِيَ حُنْثَى مُشْكِلًا ؛ لأنه لا يَعْلَمُ كونه ذَكَرًا أو أُنْثَى ^(٤) . وإن وَصَّى له بواحدٍ من رَقِيقِهِ ، أو بِرَأْسِ مِمَّا مَلَكَتْ يَمِينُهُ ، دَخَلَ في وَصِيَّتِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْحُنْثَى .

فصل : وإن وَصَّى له بشاةٍ من غَنَمِهِ ، فَالْحُكْمُ فيها كَالْحُكْمِ في الوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ، وَيَقَعُ هذا الاسمُ على الضَّأْنِ وَالْمَعْزِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَةَ وَالْكَبِيرَةَ ، وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ اسْمٌ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَ ذَلِكَ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً » ^(٥) . يُرِيدُ الذَّكَورَ وَالْإِنَاثَ ، وَالصَّغَارَ وَالْكِبَارَ . وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ إلَّا الْأُنْثَى كَبِيرَةً ، إلَّا أَنْ يَكُونَ في بَلَدٍ غَرَفُهُمْ يَتَنَاوَلُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يَتَنَاوَلُ غَرَفُهُمْ إلَّا الْإِنَاثَ ، فَإِنْ وَصِيَّتُهُ لَا تَتَنَاوَلُ إلَّا مَا يُسَمَّى في غَرَفِهِمْ ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِهِ إِرَادَةُ مَا يَتَعَارَفُونَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِكَبْشٍ ، لم يَتَنَاوَلُ إلَّا الذَّكَرَ الْكَبِيرَ مِنَ الضَّأْنِ . وَالتَّيْسُ لَا يَقَعُ إلَّا عَلَى الذَّكَرِ الْكَبِيرِ مِنَ الْمَعْزِ . وَإِنْ وَصَّى بِعَشْرَةٍ مِنَ الْغَنَمِ ، يَتَنَاوَلُ عَشْرَةً مِنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ ، وَالصَّغَارِ وَالْكِبَارِ .

فصل : وإن وَصَّى بِجَمَلٍ ، لم يَكُنْ إلَّا ذَكَرًا . وَإِنْ وَصَّى بِنَاقَةٍ ، لم تَكُنْ إلَّا أُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : عَشْرَةً مِنْ إِبِلٍ ، وَقَعَ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى جَمِيعًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ قَالَ : عَشْرَةً بِالْهَاءِ ، فَهُوَ لِلذَّكَورِ ، وَإِنْ قَالَ عَشْرَ ، فَهُوَ لِلْإِنَاثِ ، وَكَذَلِكَ فِي الْغَنَمِ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ فِي الْعَشْرَةِ إِلَى الثَّلَاثَةِ لِلْمَذَكَّرِ بِالْهَاءِ ، وَلِلْمَوْنُثِ بِغَيْرِهَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ سَحَرَهَا

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) في الأصل ، ١ : « وَلَا أُنْثَى » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٤١ / ٤ .

عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ ^(٦) . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ بَعِيرًا . فَقِيهِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ لِلذَّكْرِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ اسْمٌ لَهُ وَحْدَهُ . وَالثَّانِي ، هُوَ لِلذَّكْرِ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّهُ فِي لِسَانِ الْعَرَبِ يَتَنَاوَلُهُمَا جَمِيعًا . تَقُولُ / الْعَرَبُ : حَلَبْتُ الْبَعِيرَ . تُرِيدُ الثَّاقَةَ ، فَالْجَمْلُ فِي لِسَانِهِمْ كَالرَّجُلِ مِنْ بَنِي آدَمَ ، وَالثَّاقَةُ كَالْمَرْأَةِ ، وَالْبَكْرَةُ ^(٧) كَالْفَتَاةِ . وَكَذَلِكَ الْقُلُوصُ وَالْبَعِيرُ كَالْإِنْسَانِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَوْرٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٨) بِبَقَرَةٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَإِنْ وَصَّى بِدَابَّةٍ ، فَهِيَ وَاحِدَةٌ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ ، يَتَنَاوَلُ الذَّكْرَ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ فِي الْعُرْفِ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ . وَإِنْ قَرَنَ بِهِ مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا ، مِثْلُ إِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يُقَاتِلُ عَلَيْهَا ، أَوْ يُسَنِّمُهَا . انْصَرَفَ إِلَى الْخَيْلِ . وَإِنْ قَالَ : دَابَّةٌ يَنْتَفِعُ بِظَهْرِهَا وَنَسْلِهَا ، خَرَجَ مِنَ الْبِغَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسْلَ لَهَا ، وَخَرَجَ مِنَ الذَّكُورِ كَذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ ^(٩) بِحِمَارٍ ، فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ وَصَّى بِأَتَانٍ ، فَهِيَ أُنْثَى . وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ لَهُ أَعْدَادٌ مِنْ جِنْسٍ مَا وَصَّى لَهُ بِهِ ، فَعَلَى قَوْلِ الْخُرَقِيِّ ، يَكُونُ لَهُ ذَلِكَ بِالْقُرْعَةِ ، وَعَلَى رَوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، يُعْطِيهِ الْوَرْتَةَ مَا شَاءُوا ، وَلَا يَسْتَحِقُّ لِلدَّابَّةِ سَرَجًا ، وَلَا لِلْبَعِيرِ رَحْلًا ، إِلَّا أَنْ يَذْكُرَهُ فِي الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى بِكَلْبٍ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ نَفْعًا مُبَاخًا ، وَتَقَرُّ الْيَدُ عَلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرَعُ ، فَتَصِحُّ فِي الْمَالِ ، وَفِي غَيْرِ الْمَالِ مِنَ الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّهُ تَصَحُّ هِبَتُهُ ، فَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَالْمَالِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، سِوَاءَ قَالَ : كَلْبًا مِنْ كَلَابِئِ ، أَوْ قَالَ : مِنْ مَالِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ اقْتِنَاؤُ الْكَلْبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِخِلَافِ الشَّاةِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُ ، فَلَهُ ثُلُثُهُ . وَإِنْ

(٦) سورة الحاقة ٧ .

(٧) ق م : « والبكر » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) سقط من : الأصل .

كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ ، فَقَدْ قِيلَ : لِلْمَوْصَى لَهُ جَمِيعُ الْكَلْبِ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ قَلِيلَ الْمَالِ خَيْرٌ مِنَ الْكَلْبِ ؛ لِكَرْهِهِ لَا قِيَمَةَ لَهُ . وَقِيلَ : لِلْمَوْصَى لَهُ بِهِ ثُلُثُهُ . وَإِنْ كَثُرَ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَ الْوَصِيَّةِ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ ثُلَاثُ التَّرَكَةِ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَيْسَ فِي التَّرَكَةِ شَيْءٌ مِنْ جَنْسِ الْمَوْصَى بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِكِلَابِهِ ، وَلَا خَرَّ بَثْلُ مَالِهِ ، فَلِلْمَوْصَى لَهُ بِالثَّلَاثِ الثُلُثُ ، وَلِلْمَوْصَى لَهُ بِالْكَلابِ ثُلُثُهَا ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ مَا حَصَلَ لِلْوَرَثَةِ مِنْ ثُلَاثِ الْمَالِ قَدْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يُقَابَلُهُ مِنْ حَقِّ الْمَوْصَى لَهُ ، وَهُوَ الثَّلَاثُ ، فَلَا يُحْسَبُ عَلَيْهِمْ فِي حَقِّ الْكِلابِ . وَلَوْ وَصَّى بِثُلَاثِ مَالِهِ ، وَلَمْ يُوصِرْ بِالْكِلابِ ، دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْمَالِ ، وَلَمْ يُخْتَسَبْ بِالْكِلابِ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ . وَإِذَا قُسِمَتِ الْكَلابُ بَيْنَ الْوَارِثِ وَالْمَوْصَى لَهُ ، أَوْ بَيْنَ اثْنَيْنِ مُوصَى لِهَمَا بَهَا ، قُسِمَتْ عَلَى عَدِّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا ، فَإِنْ تَشَاحُوا فِي بَعْضِهَا ، فَيَتَبَغَى أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِكَلْبٍ ، وَلِلْمَوْصَى كِلَابٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهَا ، كَكِلَابِ الصَّيْدِ وَالْمَاشِيَةِ وَالْحَرْثِ ، فَلَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا بِالْقَرْعَةِ ، أَوْ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَإِنْ كَانَ لَهُ كَلْبٌ يُبَاحُ اتِّخَاذُهُ ^(١٠) ، وَكَلْبٌ لِلْهَرَّاشِ ، فَلَهُ الْكَلْبُ الْمُبَاحُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلُّهُ كَنَحْوِ ^(١١) مِمَّا ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَجْعَلُ لِلْمَوْصَى لَهُ بِكَلْبٍ مَا أَحَبَّ الْوَرَثَةُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكَلْبِ الْهَرَّاشِ ، وَلَا كَلْبٍ غَيْرِ الْكَلابِ الثَّلَاثَةِ . وَفِي الْوَصِيَّةِ بِالْجَرَوِ الصَّغِيرِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ تَرْبِيَتِهِ لِلصَّيْدِ أَوْ لِلْمَاشِيَةِ . وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِخَنَزِيرٍ ، وَلَا بِشَيْءٍ مِنَ السَّبَاعِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلْاصْطِيَادِ كَالْأَسَدِ ، وَالثَّعْبِ ، وَالذَّنَبِ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَنَفْعَةَ فِيهَا ، وَلَا تَصِحُّ ^(١٢) بِشَيْءٍ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِ مِنْ غَيْرِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ حَرْبٍ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَنَفْعَةً مُبَاحَةً . وَإِنْ كَانَ بِطَبْلٍ لَهْوٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِتَعَدَمِ التَّنْفَعَةِ الْمُبَاحَةِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَ ذَلِكَ إِذَا فُصِّلَ صُلِحَ

(١٠) سقط من : م .

(١١) في ١ : نحو .

(١٢) في م زيادة : للوصية .

للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ به أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَتَهُ فِي الْحَالِ مَعْدُومَةٌ . فَإِنْ كَانَ يَصْلَحُ لهما جَمِيعًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ / لِأَنَّ الْمَنَفْعَةَ قَائِمَةً بِهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ ، وَأَطْلَقَ ، وَلَهُ طَبْلَانِ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، انْصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى مَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وَإِنْ كَانَ لَهُ طَبُولٌ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِهَا ، فَلَهُ أَخَذُهَا بِالْقَرْعَةِ ، أَوْ مَا شَاءَ الْوَرِثَةُ ، عَلَى اخْتِلَافِ الرَّوَاتِبِينَ . وَإِنْ وَصَّى بِذُفٍّ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَغْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالذُّفِّ » (١٣) . وَلَا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بِبِزْمَارٍ ، وَلَا طَنْبُورٍ ، وَلَا غُودٍ مِنْ عِيدَانِ اللَّهْوِ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ مُهَيَّأٌ لِفِعْلِ الْمَغْنَمَةِ دُونَ غَيْرِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِيهِ الْأَوْتَارُ .

فصل : وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِقَوْسٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، فَإِنْ فِيهِ مَنَفْعَةٌ مُبَاحَةٌ ، سَوَاءٌ كَانَ قَوْسٌ نُسَابٍ ، وَهُوَ الْفَارِسِيُّ ، أَوْ تَبَلٍ وَهُوَ الْعَرَبِيُّ ، أَوْ قَوْسًا (١٤) بِمَجْرَى ، أَوْ قَوْسَ زُبُورٍ ، أَوْ جُوخٍ ، أَوْ ذُفٍّ ، أَوْ بُنْدُقٍ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسٌ وَاحِدٌ مِنْ هَذِهِ الْقِسْمِ ، تَعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فِيهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ هَذِهِ جَمِيعُهَا ، وَكَانَ فِي لَفْظِهِ أَوْ حَالِهِ قَرِينَةٌ تَصْرِيفُ إِلَى أَحَدِهَا ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : قَوْسًا يَنْدِفُ بِهِ ، أَوْ يَتَعَيَّشُ بِهِ ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ، فَهَذَا يَصْرِفُهُ إِلَى قَوْسِ التَّنْدِفِ . وَإِنْ قَالَ : يَغْرُوبُ بِهِ . خَرَجَ مِنْهُ قَوْسُ التَّنْدِفِ ، وَالبُنْدُقِ . وَإِنْ كَانَ الْمُوصِي لَهُ نَدَاً فَلَا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِيِّ ، أَوْ بُنْدُقًا نِيًّا لَا عَادَةَ لَهُ بِالرَّمِيِّ بِشَيْءٍ سِوَاهُ ، أَوْ يَرْمِي بِقَوْسٍ غَيْرِهِ لَا (١٥) يَرْمِي بِسِوَاهُ ، انْصَرَفَتِ الوَصِيَّةُ إِلَى الْقَوْسِ الَّذِي يَسْتَعْمَلُهُ عَادَةً ؛ لِأَنَّ ظَاهَرَ حَالِ الْمُوصِي أَنَّهُ قَصَدَ نَفْعَهُ بِمَا جَرَتْ عَادَتُهُ بِالْإِتِفَاعِ بِهِ . وَإِنْ انْتَفَتِ الْقَرَائِنُ ، فَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ لَهُ وَاحِدًا مِنْ جَمِيعِهَا بِالْقَرْعَةِ ، أَوْ مَا يَخْتَارُهُ الْوَرِثَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ جَمِيعَهَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّ وَصِيَّتَهُ لَا تَتَنَاوَلُ قَوْسَ

(١٣) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠٨/٤ .
وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ إِعْلَانِ النِّكَاحِ ، مِنْ النِّكَاحِ . مِثْنِ ابْنِ مَاجَةَ ٦١١/١ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥/٤ مَخْتَصَرًا .

(١٤) فِي النِّسْخِ : قَوْسٌ . وَبِمَجْرَى : أَنْ يَوْضَعَ فِي مَجْرَاهِ الْمِشْهُمِ ، فَيَخْرُجُ مِنْ الْمَجْرَى .

(١٥) فِي ١ : وَلَا .

التَّدْفِ ، ولا البُنْدُقِ ، ولا العَرَبِيَّةِ في بَلَدٍ لا عَادَةَ لَهُمُ بِالرَّمَى بِهَا . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ^(١٦) يَذْكُرِ الْعَرَبِيَّةَ ، وَيَكُونُ لَهُ وَاحِدٌ مِّثْلًا / عِدَا هَذِهِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا اسْمُ الْقَوْسِ فِي الْعَادَةِ بَيْنَ غَيْرِ أَهْلِهَا حَتَّى يَصِفَهَا ، فَيَقُولُ : قَوْسُ الْقُطَيْنِ ، أَوِ التَّدْفِ ، أَوْ قَوْسُ الْبُنْدُقِ . وَأَمَّا الْعَرَبِيَّةُ فَلَا يَتَعَارَفُهَا غَيْرُ طَائِفَةٍ مِنَ الْعَرَبِ ، فَلَا يَخْطُرُ بِيَالِ الْمُوصِي غَالِبًا . وَيُعْطَى الْقَوْسُ مَعْمُولَةٌ^(١٧) ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى قَوْسًا إِلَّا كَذَلِكَ . وَلَا يَسْتَحِقُّ وَثَرَهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُعْطَاهَا بِوَثَرِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا يَنْتَفِعُ بِهَا إِلَّا بِهِ ، فَكَانَ كَجُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بَعْدُ ، وَلَهُ عَوْدُ لَهْوٍ وَغَيْرِهِ ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهَا يَنْصَرِفُ إِلَى عَوْدِ اللَّهْوِ ، وَلَا تَصِحُّ^(١٨) الْوَصِيَّةُ بِهِ لَعَدَمِ النَّفْعِ الْمُبَاحِ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ قِسْيٍ ، أَوْ عَوْدٌ يَتَبَخَّرُ بِهِ ، أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الْعِيدَانِ الْمُبَاحَةِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ، وَأَنْصَرَفَتْ إِلَيْهَا ؛ لَعَدَمِ غَيْرِهَا ، وَتَعَيُّنِهَا مَعَ إِبَاحَتِهَا . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِجَرَّةٍ فِيهَا خَمْرٌ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْجَرَّةِ ، وَبَطَلَتْ فِي الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرَّةِ نَفْعًا مُبَاحًا ، وَالْخَمْرُ لَا نَفْعَ فِيهِ مُبَاحٌ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِمَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ وَخَلَّ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِخَمْرٍ فِي جَرَّةٍ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الَّذِي أَضَافَ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ الْخَمْرُ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

٩٩٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ بِغَيْرِهِ ، فَتَلَفَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى لَهُ شَيْءٌ . وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ كُلُّهُ إِلَّا الْمُوصَى بِهِ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ مِمَّنْ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ، عَلَى أَنَّ الْمُوصَى بِهِ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي أَوْ

(١٦) ق م : لا .

(١٧) ق م زيادة : بها .

(١٨) ق م : تصلح .

بعده ، فلا شيء للموصى له . كذلك حكاه ابن المنذر ، فقال : أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا وصى له بشيء ، فهلك ذلك الشيء ، أن لا شيء له في سائر المال الميت ، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير ، وقد تعلقت بمعين ، وقد ذهب ، فذهب حقه ، كما لو / تلىف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفر يطهم ، فلم يضموا شيئاً . وإن تلىف المال كله سواه فهو للموصى له ؛ لأن حق^(١) الورثة لم يتعلق به لتعيينه للموصى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنتهم ، فكان حقه فيه دون سائر المال ، وحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلىف حقه لم يشارك الآخر في حقه ، كما لو كان التلىف بعد أن أخذه الموصى له وقبضه ، كالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلىف نصيب أحدهم . قال أحمد ، في من خلف مائتي دينار وعبد أقيمته مائة ، ووصى لرجل بالعبد ، فسرق الدنانير بعد الموت : فالعبد للموصى له به .

فصل : وإن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو هلك ، فله ما بقي منه ، إن حمله الثلث ، وإن وصى له بثلاث عبيد أو ثلث دار ، فاستحق الثلثان منه ، فالثلث الباقي للموصى له . وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الباقي كله موصى به ، وقد خرج من الثلث ، فاستحقه الموصى له ، كما لو كان شيئاً معيناً . وإن وصى له بثلاث^(٢) ثلاثة أعبيد ، فهلك عبدان ، أو استحقا ، فليس له إلا ثلث الباقي . وبه قال الشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه لم يوصر له من الباقي بأكثر من ثلاثة ، وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه .

٩٩١ - مسألة ؛ قال : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زماناً ، فوَمَ وَفَت المَوْتِ ، لَا وَفَت الأَخْدِ)

وجملته أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث ، أو عدم خروجها ،

(١) في الأصل ، ١ : ١ حقوق .

(٢) سقط من : م .

بحالة الموت ؛ لأنها حال لزوم الوصية ، فتعتبر قيمة المال فيها . وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا أعلم فيه خلافا . فينظر ؛ فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة ، أو دونه ، نفذت الوصية ، واستحققه الموصى له كله . فإن زادت قيمته حتى صار مُعَادِلًا لسائر المال ، أو أكثر منه ، أو هلك المال كله سواه ، فهو للموصى له ، لا شيء للورثة فيه . / وإن كان حين الموت زائدًا عن الثلث ، فللموصى له منه قدر ثلث المال . فإن كان نصف المال ، فللموصى له ثلثاه . وإن كان ثلثيه ، فللموصى له نصفه . وإن كان نصف المال وثلثه ^(١) ، فللموصى له خمساه . فإن نقص بعد ذلك أو زاد ، أو نقص سائر المال أو زاد ، فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت . فلو وصى بعبد قيمته مائة ، وله مائتان ، فرادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين ، فهو للموصى له كله . وإن كانت قيمته حين الموت مائتين ، للموصى له ثلثاه ؛ لأنهما ثلث المال . فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة ، لم يزد حق الموصى له عن ثلثه ^(٢) شيئاً ، إلا أن يجيز الورثة . وإن كانت قيمته أربع مائة ، فللموصى له نصفه ، لا يزداد حقه عن ذلك ، سواء نقص العبد أو زاد ، أو نقص المال أو زاد .

فصل : والعطايا في مرضه يُعتبر خروجهما من الثلث حين الموت . نقل صالح بن أحمد عن أبيه ، في مَنْ له ألف درهم ، وعبد قيمته ألف ، فأعتق العبد في مرض موته ، وأنفق الدراهم : عتق من العبد ثلثه . فاعتبر ماله حين الموت من العبد لا فيما قبله ، فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد ، لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم يتلف الألف ، لعتق منه ثلثاه . ولو زاد ماله قبل موته حتى بلغ ألفين ، لعتق العبد كله لخروجه من

(١) في م : ١٠ وثلثه .

(٢) في ا : ١٠ ثلثيه .

الثُّلْثِ . وإن كَسَبَ العَبْدُ شَيْئًا ، كان كَسْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ ، على قَدَرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ ، ويدخله الدَّوْرُ . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى . وإن تَلَفَ من التَّرِكَةِ شَيْءٌ بِفِعْلِ مَضْمُونٍ على الْوَرَثَةِ ، حُسِبَ عَلَيْهِم من التَّرِكَةِ .

٧٦/٦ ظ

فصل : وإن وصَّى بِمُعَيَّنٍ حَاضِرٍ ، وسائر ماله دينٌ أو غائبٌ ، فليس لِلْوَصِيِّ أَنْ يَأْخُذَ الْمُعَيَّنَ قَبْلَ قُدُومِ الْغَائِبِ أو اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رِبْمًا تَلَفٌ ، فلا تُنْفَذُ الْوَصِيَّةُ فِي الْمُعَيَّنِ كُلِّهِ . وظاهرُ كَلَامِ الْحَرْقِيِّ / أَنَّ لِلْوَصِيِّ ثُلْثَ الْمُعَيَّنِ . ذكره في الْمُدَبَّرِ . وقيل : لا يُدْفَعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ شَرَكَاؤُهُ فِي التَّرِكَةِ ، فلا يَحْصُلُ لَهُ شَيْءٌ ما لم يَحْصُلْ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَهُ^(٣) ، ولم يَحْصُلْ لَهُمْ شَيْءٌ . وهذا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . والصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ الثُّلْثَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِيهِ مُسْتَقَرٌّ ، فوجبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي وَقْفِهِ ، كما لو لم يُغْلَفْ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ . ولأنَّهُ لو تَلَفَ سائرُ المَالِ ، لوجبَ تَسْلِيمُ ثُلْثِ الْمُعَيَّنِ إِلَى الْوَصِيِّ ، وليس تَلَفُ المَالِ سببًا لاسْتِحْقَاقِ الْوَصِيَّةِ وَتَسْلِيمِهَا ، ولا يَمْنَعُ نَفْذُ الْوَصِيَّةِ فِي الثُّلْثِ الْمُسْتَقَرِّ ، وإن لم يَنْتَفِعِ الْوَرَثَةُ بِشَيْءٍ ، كَالْوَأْبَرِ الْمُعْسِرِ مِنْ دَيْنٍ عَلَيْهِ . وقال مالكٌ : يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ دَفْعِ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهَا ، وَبَيْنَ جَعْلِ وَصِيَّتِهِ بِثُلْثِ المَالِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِثُلْثِ مَالِهِ ، فعدَلَ إِلَى الْمُعَيَّنِ . وليس لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الْمُوصَى لَهُ الْمُعَيَّنُ ، فَيَنْفَرِدَ بِالتَّرِكَةِ على تَقْدِيرِ تَلَفِ الْبَاقِي قَبْلَ وُصُولِهِ إِلَى الْوَرَثَةِ ، فَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ : إِنْ رَضِيْتُمْ بِذَلِكَ ، وَإِلَّا فَعُودُوا إِلَى مَا كَانَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِهِ ، وَهُوَ الثُّلْثُ . ولنا ، أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا لَا يَزِيدُ عَلَى الثُّلْثِ لِأَجْنَبِيٍّ ، فوقعَ لَازِمًا ، كَالْوَصِيِّ لَهُ بِمُشَاعِرٍ . وما قَالَهُ لَا يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ جَعْلَ حَقِّهِ فِي قَدَرِ الثُّلْثِ إِشَاعَةٌ ، وإِبْطَالُ لِمَاعِيَّتِهِ ، فلا يَجُوزُ إسْقَاطُ مَا عِنْتَهُ الْمُوصَى لِلْمُوصَى لَهُ ، وَتَقْلُ حَقَّهُ إِلَى مَا لم يُوصَرُ بِهِ ، كَالْوَصِيِّ لَهُ بِمُشَاعِرٍ ، لم يَجْزِ تَقْلُهُ إِلَى مُعَيَّنٍ ، وَكَالْوَصِيِّ كَانَ المَالُ كُلُّهُ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا . إذا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلْثَ الْمُعَيَّنِ الْحَاضِرِ ، وَكُلُّمَا اقْتَضَى مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَوْ خَصَرَ

(٣) في م : مثله .

من الغائب شيء ، فلموصى له بقدر ثلثه من الموصى به ، كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث ، أو يأخذ المعين كله . فلو خلف تسعة عيناً ، وعشرين ذنباً ، وابناً ، ووصى بالتسعة لرجل ، فلو وصى ثلثها ثلاثة ، وكلما اقتضى من الدين شيء فلو وصى ثلثه ، فإذا اقتضى ثلثه فله من / التسعة واحد ، حتى يقتضى ثمانية عشر ، فيكمل له التسعة . وإن جحد القريم ، أو مات ، أو يمس من استيفاء الدين ، أخذ الورثة الستة الباقية من العين . ولو كان الدين تسعة ، فإن الابن يأخذ ثلث العين ، ويأخذ الوصى ثلثها ، ويبقى ثلثها موقوفاً ، كلما استوفى من الدين شيء فلو وصى من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كله ، كمل للموصى له ستة ، وهي ثلث الجميع . وإن كانت الوصية ينصف العين ، أخذ الوصى ثلثها ، وأخذ الابن نصفها ، وبقي سدسها موقوفاً ، فمضى اقتضى من الدين مثليه ، كملت الوصية^(٤) .

فصل : فإن كان الدين مثل العين ، فوصى لرجل بثلثه ، فلا شيء له قبل استيفائه^(٥) ، فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه ، وللابن ثلثاه . وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته . وهذا قول أهل العراق ؛ لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر . ولنا ، أن الورثة شركاء في الدين ، وليس معهم شركة في العين ، فلا يختص بما خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر ، أو كالموصى لرجل بالعين ، وله ولاخر بالدين ، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له^(٦) دون صاحبه ، كذا ههنا .

فصل : ولو وصى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ذنباً ، وعبد يساوي مائة ، ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شيء ، فلو وصى له بثلث المال رُبعة ، وله ولاخر من العبد بقدر رُبعة ما استوفى بينهما

(٤) في الأصل ، ١ : وصيته .

(٥) في م : استيفاء الوصية .

(٦) سقط من : الأصل ، ١ .

نَصَفَيْنِ . فإذا اسْتُوفِيَ الدَّيْنُ كُلُّهُ كُتِلَ لِلْوَصِيِّ نَصْفُ الْعَبْدِ . ولصاحبِ الثُّلُثِ رُبْعُ المائتين ، وذلك هو ثُلُثُ المالِ . وإن اسْتُوفِيَ الدَّيْنُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ قُسِمَا^(٧) بينهما كذلك ، للموصى له بالثُّلُثِ رُبْعُ المائتين ورُبْعُ العبدِ ، وللموصى له بثلثِ العبدِ رُبْعُهُ ؛ لأنَّ الوَصِيَّيْنِ أَرْبَعَةُ أَتْسَاعِ المالِ ، والجائِزُ منهما ثُلُثُ المالِ ، / وهو ثلاثة أَتْسَاعِ ، وذلك ثلاثة أَرْبَاعِ وَصِيَّتِهِمَا ، فَرَدَدْنَا كُلَّ وَاحِدٍ منهما إلى ثلاثة أَرْبَاعِ وَصِيَّتِهِ ، وهى رُبْعُ المالِ كُلُّهُ لصاحبِ ثُلُثِهِ ، ورُبْعُ العبدِ لصاحبِ ثُلُثِهِ . وفى المسألةِ أَقْوَالٌ سِوَى ما قُلْنَاهُ ، تَرَكْنَاهَا لَطَوِيلِهَا ، وهذا أَسَدُهَا ، إن شاء الله ؛ لأنَّنَا^(٨) أَدْخَلْنَا التَّقْصَصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ منهما بِقَدْرِ مَالِهِ فى الوَصِيَّةِ ، وَكُتِلَا لهما الثُّلُثُ ، وإن أُجِيزَ لهما أَخْذُ كُلِّ وَاحِدٍ منهما ما بَقِيَ من وَصِيَّتِهِ ، وهو رُبْعُهَا ، فَيُكْمَلُ ثُلُثُ المالِ لصاحِبِهِ ، وَثُلُثُ العبدِ لِلْآخَرِ .

فصل : وإن خَلَفَ^(٩) ابْنَيْنِ ، وتركَ عَشْرَةَ عَيْنًا ، وعَشْرَةَ دَيْنًا على أَحَدِ ابْنَيْهِ ، وهو مُعَصِّرٌ ، وَوَصَّى لِأَجْنَبِيٍّ بثلثِ مَالِهِ ، فَإِنَّ الوَصِيَّ وَالابْنَ الذِّى لَا دَيْنَ عَلَيْهِ يَقْتَسِمَانِ العَشْرَةَ الْعَيْنَ نَصَفَيْنِ ، وَيَسْقُطُ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَ دَيْنِهِ ، وَيَبْقَى لهما عَلَيْهِ ثُلُثُهُ ، فَإِنْ كَانَتْ الوَصِيَّةُ بِالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ العَشْرَةُ الْعَيْنُ بَيْنَهُمَا أَحْمَاسًا ، لِلْمَوْصَى خُمْسُهَا أَرْبَعَةٌ ، وَلِلابْنِ سِتَّةٌ ، وَسَقُطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ دَيْنِهِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ رُبْعُهُ ، فإذا اسْتُوفِيَ قُسِمَ بَيْنَهُمَا أَحْمَاسًا ، كَمَا قُسِمَ الْعَيْنُ ؛ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ بِالرُّبْعِ ، وَهُوَ ثُمْنَانِ ، وَيَبْقَى سِتَّةٌ أَثْمَانٍ ، لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثَةُ أَثْمَانٍ ، فَصَارَ نَصِيبُ الوَصِيِّ وَالابْنِ الذِّى لَا دَيْنَ عَلَيْهِ خَمْسَةَ أَثْمَانٍ ، لِلابْنِ ثَلَاثَةَ ، وَلِلْوَصِيِّ سَهْمَانِ ، فَلِذَلِكَ قُسِمْنَا الْعَيْنَ وَمَا حَصَلَ لهما مِنَ الدَّيْنِ بَيْنَهُمَا أَحْمَاسًا ، وَسَقُطَ عَنِ الْمَدِينِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ ما عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ^(١٠) لَهُ ثَلَاثَةَ أَثْمَانٍ ، وهى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ النِّصْفِ الذِّى عَلَيْهِ .

(٧) فى م : « قُسِمَا » .

(٨) فى م : « لِأَنَّا » .

(٩) فى م : « خَالَفَ » .

(١٠) فى م : « لِأَنَّهُ » .

فصل : ونماء العَيْنِ الموصى بها إن كان متصلاً كالسَّمَنِ ، وتعليم صنعة ، فهو تابع للعَيْنِ ، ويكون للموصى له إذا احتمله الثلث . وإن كان منفصلاً ، كالولد والثمرة في حياة الموصى ، فهو له ، يصير إلى ورثته ؛ لأنه ثَماءٌ ^(١١) . ملكه . وما حدث بعد الموت وقبل القبول ، فيتبني على المِلْكِ في الموصى له ^(١٢) . والصحيح أنه للورثة . والآخَرُ هو للموصى له ، فيكون الثَماءُ لَمَن المِلْكُ له .

٧٨/٦ و

٩٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى بِوَصَايَا فِيهَا عَقَاقَةً ، فَلَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالنَّكْلِ ، تَحَاصُّوا فِي الثَّلَاثِ ، وَأَدْخِلَ النِّقْصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ^(١) بِقَدْرِ مَالِهِ فِي الْوَصِيَّةِ)

أما إذا خَلَّتِ الوصايا من العِثْقِ ، وتجاوزتِ الثلث ، وردَّ الورثة الزيادة ، فإنَّ الثلث يُقسَّم بين الموصى لهم على قَدْرِ وصاياهم ، ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من ^(٢) الوصية على مثل مسائل العَوْل إذا زادت الفروض عن المال . فلو وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولآخر بمعين قيمته خمسون ، ووصى بفداء أسير ثلاثين ، ولإعمارة مسجد بعشرين ، وثلث ماله مائة ، جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ، ونسبت منها الثلث ، فتجده ثلثها ، فتعطي كل واحد منهم ثلث وصيته ، فلصاحب الثلث ثلث المائة ، وكذلك لصاحب المائة ، وترجع صاحب الخمسين إلى ثلثها ، وفداء الأسير عشرة ، ولإعمارة المسجد ستة ، وثلثان . فأما إن كان فيها عِثْقٌ ، فمن أحدها فيها روايتان ؛ أحدهما ، أن ^(٣) يقسم الثلث بين جميع الوصايا العِثْقُ ^(٤) وغيره سواء ، ويقسم بينهم على ما ذكرنا . وهذا قول ابن سيرين ، والشَّعْبِيّ ، وأبي ثور ؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق ، فتساووا فيه كسائر الوصايا . والرواية الثانية ، يُقدَّم العِثْقُ ويُبدَأُ به ، فإن فضل منه شيء ، قسَّم بين سائر أهل الوصايا على قَدْرِ وصاياهم . روى هذا عن عمر ، وبه قال ^(٥) شَرِيحٌ ،

(١١) سقط من : م .

(١٢) هكذا في النسخ . والظاهر أنها : به .

(١) سقط من : ١ .

(٢) في : د في : هـ .

(٣) في الأصل : أنه .

(٤) في : م : بالعِثْقِ .

(٥) في : م : يقول .

ومُسْرُوقٌ ، وَعَطَاءُ الْخُرَّاسَانِيِّ^(٦) ، وَقَتَادَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، وَحَقًّا لَأَدَمِيٍّ ، فَكَانَ آكَدَ ، وَلِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ فَسْخٌ ،
وَيُلْحَقُ غَيْرُهُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ أَقْوَى بِدَلِيلِ سِرَايَتِهِ وَتَفْوِذِهِ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُفْلِسِ . وَرَوَى
عَنِ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيِّ كَالرَّوَاتِبِينَ .

**فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، كقوله : إِذَا مِتُّ فَأَعْطُوا فُلَانًا كَذَا . أَوْ أُعْتِقُوا
فُلَانًا .** ونحوه ، وصايا حُكْمُهَا غَيْرُهَا مِنَ الْوَصَايَا / فِي التَّسْوِيَةِ بَيْنَ مُقَدِّمِهَا
وَمُؤَخَّرِهَا . وَالْخِلَافُ فِي تَقْدِيمِ الْعِتْقِ مِنْهَا ، بِخِلَافِ الْعَطَايَا الْمُتَجَزَّةِ ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ
الْأَوَّلُ مِنْهَا فَالْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَلْزَمُ بِالْفِعْلِ ، وَالْمُؤَخَّرَةُ تَلْزَمُ بِالْمَوْتِ ، فَتَسَاوَى كُلُّهَا .

فصل : وإذا أوصى بعنق عبده ، لزم الوارث إعتاقه . فَإِنْ أَبَى أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاجِبٌ^(٧) عَلَيْهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَتَفْذِيرِ الْوَصِيَّةِ بِالْعَطِيَّةِ ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْوَارِثُ
أَوْ الْحَاكِمُ ، فَهُوَ خَرٌّ مِنْ حِينِ أَعْتَقَهُ ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمُوصِي ؛ لِأَنَّهُ
السَّبَبُ ، وَهَؤُلَاءِ ثَوَابٌ عَنْهُ ، وَلِهَذَا لَزِمَهُمْ إِعْتَاقُهُ كُرْهًا . وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِعَتْقِهِ إِلَى
غَيْرِ الْوَارِثِ ، كَانَ الْإِعْتَاقُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُ الْمُوصِي فِي إِعْتَاقِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ غَيْرُهُ
إِذَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْهُ ، كَالْوَكِيلِ فِي الْحَيَاةِ .

٩٩٣ - مسألة : قَالَ : (وَمَنْ أَوْصَى بِفَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، وَالْأَلْفَ دِرْهَمٍ تُنْفَقَ
عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْفَرَسُ ، كَانَتْ الْأَلْفُ لِلْوَرِثَةِ . وَإِنْ^(٨) أَنْفَقَ بَعْضُهَا ، رُدَّ الْبَاقِي إِلَى
الْوَرِثَةِ)

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَ لِلْوَصِيَّةِ جِهَةً ، فَإِذَا فَاتَتْ ، عَادَ الْمُوصِي لَهُ إِلَى الْوَرِثَةِ ،

(٦) فِي م : « وَالْخُرَّاسَانِيُّ » . وَهُوَ عَطَاءُ بْنُ أَبِي مُسْلِمٍ الْخُرَّاسَانِيُّ ، فَقِيهُ خُرَّاسَانَ ، جَوْالٌ ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ
وَمِائَةً . طَبَقَاتُ الْفُقَهَاءِ لِلشَّيْخِ رَازِي ٩٣ . الْعَبَر ١٨٢/١

(٧) فِي م : « وَجِبَ » .

(٨) فِي ١ : « وَكَذَلِكَ إِنْ » .

كما لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق ، فمات العبد ، أو لم يبعه سيده . وإن أنفق بعض الدراهم ، ثم مات الفرس ، بطلت الوصية في الباقي ، كما لو وصى بشراء عتدين ، فمات أحدهما قبل شرائه . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل ، أي جعل في الحج منها شيء^(٢) ؟ فقال : لا ، إنما يعرف الناس السبيل الغزو .

فصل : وإذا قال : يخدم عبيد فلانا سنة ، ثم هو حر . صحّت الوصية ، فإن قال الموصي له بالخدمة : لا أقبل الوصية . أو قال : قد وهبت الخدمة له . لم يعتق في الحال . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : إن وهب الخدمة للعبد ، عتق في الحال . ولنا ، أنه أوقع العتق بعد مضي السنة ، فلم يقع قبله ، كما لو ردّ الوصية .

فصل : وإذا أوصى / لعمه بثلث ماله ، ولخاله بعشره ، فردّت وصيتهما ، فتحاصفا في الثلث ، فأصاب الخال ستة ، فاضرب الذي أصابه في وصيته ، وذلك ستة في عشرة ، تكن ستين ، واقسمه على الفاضل بينهما ، يخرج بالقسم خمسة عشر ، فهي الثلث . وإن شئت قلت : قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته^(٣) ، يبقى من الثلث خمسه ، وهي تعدل ما أصاب الخال ، فردّ على ما أصاب الخال مثل نصفه ، وهو ثلثه ، يصير تسعة ، فهي^(٤) الذي^(٥) أصاب العم . وإن قال : أصاب العم الربع ، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته ، وبقي من الثلث نصف سدس ، يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال ، وذلك سبعة ونصف ، وللعم ثلاثة أمثالها ، اثنان وعشرون ونصف ، والمال كله تسعون . وإن قال : أصاب الخال خمس المال ، فقد بقي من الثلث خمسه للعم ، فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا . وذلك أربعة دنانير ،

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في الزيادة : « يجب أن يصيب العم بثلاثة أخماس وصيته » .

(٤) في الأصل : « فهو » .

(٥) في ١ ، م : « للذي » .

ووصية العمّ مثل ثلثيها ، ديناران وثلثان ، والثلث كله سيئة وثلثان ، والمال كله^(٦) عشرون . فإن كان معهما وصية بسدس المال ، وأصاب الحال سيئة ، فهي ثلاثة أخماس وصيته ، فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته ، وذلك تسعة أعشار الثلث ، يتقى منه عشر^(٧) تعدل ما حصل للعمّ^(٨) وهو سيئة ، والثلث سيتون . وإن أصاب صاحب السدس عشر المال ، فقد أصاب صاحب الثلث خمس ، يتقى من الثلث أيضا عشره ، فهو وصية الحال ، وذلك ثلاثة أخماس وصيته سيئة ، فيكون الثلث سيتين كما ذكرنا . نوع آخر ، خلف ثلاثة بنين ، ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا لثلث وصية حاله ، ولحال بمثل نصيب أحدهم إلا ربع وصية عمه ، فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع ، يكن اثنتي عشر ، انقصها سهمًا ، يتقى أحد عشر ، فهي نصيب ابن ، انقصها سهمين ، يتقى تسعة ، فهي وصية الحال . وإن نقصتها / ثلاثة ، يتقى ثمانية ، فهي وصية العمّ . وبالجبر تجعل مع العمّ أربعة دراهم ، ومع الحال ثلاثة دنانير ، ثم تزيد على الدراهم دينارًا ، وعلى الدنانير درهما ، يبلغ كل واحد منهما نصيبًا ، اجبر ، وقابل ، وأسقط المشترك ، يتقى معك ديناران ، تعدل ثلاثة دراهم ، فاقبل وحول ، نصير الدراهم ثمانية ، والدنانير تسعة ، كما قلنا . وإن أوصى لعمه بعشرة إلا ربع وصية حاله ، ولحال بعشرة إلا خمس وصية عمه ، فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس ، يكن عشرين ، انقصها سهمًا ، تكن تسعة عشر ، فهي المقسوم عليه ، ثم اجعل مع الحال أربعة ، وانقصها سهمًا ، يتقى ثلاثة ، اضربها في العشرة ، ثم فيما مع العمّ ، وهو خمسة ، يكن مائة وخمسين ، اقسّمها على تسعة عشر ، يخرج سبعة وسبعة عشر جزءًا من تسعة عشر ، فهي وصية عمه ، واجعل مع

ط ٧٩/٦

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٧) ق م : عشرة .

(٨) ق ا : للخال .

الْعَمَّ خُمُسَةً ، وَانْقُصَهَا سَهْمًا ، وَاضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ،
وَاقْسِمِهَا ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، فَهِيَ وَصِيَّةٌ خَالِهِ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَنْقُصُ مِنْ
الْعَشْرَةِ رُبْعَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي الْعِشْرِينَ ، ثُمَّ تَقْسِمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، وَتَنْقُصُ
مِنْهَا خُمُسَهَا ، وَتَضْرِبُ الْبَاقِي فِي عِشْرِينَ ، وَتَقْسِمُهَا ، وَبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ
شَيْئًا^(٩) ، وَوَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشْرَةَ إِلَّا رُبْعَ شَيْءٍ ، فَخُذْ خُمُسَهَا ، فَرِّدْهُ عَلَى الشَّيْءِ ، وَهُوَ
سَهْمَانِ إِلَّا نِصْفَ عَشْرِ شَيْءٍ ، يَغْدُلُ عَشْرَةَ ، فَاسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِرُ
ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً أَجْزَاءً ، مِنْ تِسْعَةِ عَشَرَ ، إِذَا اسْقَطْتَ رُبْعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ
وَسَبْعَةُ عَشَرَ جُزْأً . وَإِنْ وَصَّى لِعَمِّ بِعَشْرَةٍ إِلَّا نِصْفَ وَصِيَّةٍ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ
إِلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةٍ جَدِّهِ ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إِلَّا رُبْعَ وَصِيَّةٍ عَمِّ ، فَوَصِيَّةُ عَمِّ سِتَّةَ وَخُمُسَانِ ،
وَوَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمُسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، وَبِأَنَّ تَضْرِبَ
الْمَخَارِجَ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ / أَرْبَعَةٌ
وَعِشْرِينَ ، تَرِيدُهَا وَاحِدًا تَكُنْ خُمُسَةً وَعِشْرِينَ ، فَهَذَا هُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَنْقُصُ
مِنِ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُ وَاحِدًا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَرِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ،
تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اضْرِبْهَا فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خُمُسَةٍ
وَعِشْرِينَ يَخْرُجُ بِالْقِسْمِ سِتَّةَ وَخُمُسَانِ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَانْقُصِ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا
يَبْقَى اِثْنَانِ ، وَاضْرِبْهَا فِي الْأَرْبَعَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، زِدْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهَا فِي اِثْنَيْنِ ،
ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانَيْنِ ، وَاقْسِمِهَا عَلَى خُمُسَةٍ وَعِشْرِينَ ، ثُمَّ انْقُصْ مِنَ الْأَرْبَعَةِ
وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فِي اِثْنَيْنِ ، ثُمَّ زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ
فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خُمُسَةٍ وَعِشْرِينَ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَجْعَلُ
مَعَ الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ تَضُمُّ إِلَى مَا
مَعَ الْعَمِّ دِينَارًا ، وَإِلَى^(١٠) مَا مَعَ الْخَالِ دِرْهَمًا ، وَتَقَابِلُ مَا مَعَ أَحَدِهِمَا بِمَا مَعَ الْآخَرِ ،
وَتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكَ ، فَيَصِيرُ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ ، تَغْدُلُ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، فَاسْقِطْ لَفْظَةَ

و ٨٠/٦

(٩) في م : سنة ٤ .

(١٠) في م : ذة أولى ٤ .

الْأَشْيَاءِ ، وَاجْعَلْ مَكَانَهَا دِينَارًا وَدِرْهَمًا^(١١) ، ثُمَّ قَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ، وَهُوَ دِينَارَانِ ، وَدِرْهَمٌ مَعَ الْخَالِ ، لِلثَّلَاثَةِ^(١٢) دِرَاهِمٌ وَرُبْعُ دِرْهَمٍ ، وَرُبْعُ دِينَارٍ مَعَ الْجَدِّ ، فَإِذَا اسْقَطْتَ الْمُشْتَرَكَ بَقِيَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ ، مَعَادِلَةٌ لِدِينَارٍ^(١٣) ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ، فَابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا ، تَصِيرُ سَبْعَةُ أَرْبَاعٍ مِنَ الدِّينَارِ ، تَعْدِلُ تِسْعَةَ مِنَ الدِّرَاهِمِ ، فَاقْلِبْ ، وَاجْعَلِ^(١٤) الدِّرْهَمَ^(١٥) سَبْعَةَ ، وَالدِّينَارَ تِسْعَةَ ، ثُمَّ ارْجِعْ إِلَى مَا قَرَضْتَ ، فَتَجِدْ مَعَ الْعَمِّ دِرْهَمًا وَدِينَارًا بِمِثْلَةِ عَشْرٍ ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ عَشْرٍ ، وَمَعَ الْجَدِّ أَحَدٌ وَعَشْرُونَ ، وَالْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ خُمْسٌ وَعَشْرُونَ ، وَالسُّتَةُ عَشْرُ مِنْهَا سِتَّةٌ وَخُمْسَانِ ، وَالثَّمَانِيَةُ عَشْرُ سَبْعَةٍ وَخُمْسٍ ، وَالْأَحَدُ وَعَشْرُونَ ثَمَانِيَةَ وَخُمْسَانِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ آخٌ ، / وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ عَشْرَةُ إِلَّا رُبْعَ مَا مَعَ الْآخِرِ ، وَوَصِيَّةُ الْآخِرِ عَشْرَةُ إِلَّا خُمْسَ مَا مَعَ الْعَمِّ ، فِيهِذِهِ الطَّرِيقُ تَجْعَلُ مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةَ أَشْيَاءَ ، وَمَعَ الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةَ دِرَاهِمٍ ، وَمَعَ الْآخِرِ أَرْبَعَةَ أَفْلَسٍ ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْعَمِّ بِمَا مَعَ الْخَالِ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَتَجْعَلُ الْأَشْيَاءَ دِينَارًا وَدِرْهَمًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْخَالِ بِمَا مَعَ الْجَدِّ ، فَتَجْعَلُ الدِّينَارَيْنِ دِرْهَمَيْنِ وَفَلَسًا ، ثُمَّ تُقَابِلُ مَا مَعَ الْجَدِّ بِمَا مَعَ الْآخِرِ ، فَتُخْرِجُ الْفَلَسَ سِتَّةً وَعَشْرِينَ ، وَالدِّرْهَمَ أَحَدًا وَثَلَاثِينَ ، وَالدِّينَارَ أَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ مَا^(١٦) مَعَ الْعَمِّ خُمْسَةٌ وَسَبْعُونَ^(١٧) ، وَمَعَ الْخَالِ ثَمَانِيَةَ وَثَمَانُونَ^(١٨) ، وَمَعَ الْجَدِّ ثَلَاثَةٌ وَتِسْعُونَ ، وَمَعَ الْآخِرِ مِائَةٌ وَأَرْبَعَةٌ ، إِذَا زِدْتَ عَلَى مَا مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مَا اسْتَنْتَيْتُهُ مِنْهُ ، صَارَ مَعَهُ

(١١) ق م : « أَوْ دِرْهَمًا » .

(١٢) ق م : « ثَلَاثَةٌ » .

(١٣) ق م : « لِلدِّينَارِ » .

(١٤) ق م : « وَحَوْلَ » .

(١٥) ق م : « الدِّرَاهِمِ » .

(١٦) سقط من : الْأَصْلُ ، م .

(١٧) فِي النِّسخ : « وَسَبْعِينَ » .

(١٨) ق م : « وَثَمَانِينَ » .

مِائَةٌ وَتِسْعَ عَشْرَةَ ، وَهِيَ الْعَشْرَةُ الْكَامِلَةُ ، فَصَارَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ سِتَّةَ وَصِيَّةً وَثَلَاثِينَ جُزْأً ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَأَرْبَعِينَ جُزْأً ، وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وَتِسْعِينَ جُزْأً ، وَوَصِيَّةُ الْأَخِ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ جُزْأً . وَبَطَرِيقِ الْبَابِ ، تَضْرِبُ الْمَخَارِجُ بَعْضُهَا فِي بَعْضٍ ، تُكُنُّ مِائَةً وَعِشْرِينَ ، تُنْقِصُهَا وَاحِدًا ، يَبْقَى مِائَةٌ وَتِسْعَةَ عَشَرَ ، فَهَذَا الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تُنْقِصُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تُكُنُّ سِتَّةَ عَشَرَ ، تُنْقِصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تُكُنُّ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، تَضْرِبُهَا فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ تُقَسِّمُهَا عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، تُكُنُّ سِتَّةً^(١٩) وَثَلَاثِينَ جُزْأً ، ثُمَّ تُنْقِصُ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ ، تُكُنُّ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ ، تُنْقِصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تُكُنُّ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْخَالِ ، ثُمَّ تُنْقِصُ الْأَرْبَعَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي خَمْسَةٍ^(٢٠) ، تُكُنُّ خَمْسَةَ عَشَرَ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تُكُنُّ اِثْنَيْنِ وَثَلَاثِينَ ، تُنْقِصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تُكُنُّ ثَلَاثَةً / ٨١/٦ و
وَتِسْعِينَ ، فَهَذِهِ وَصِيَّةُ الْجَدِّ ، ثُمَّ تُنْقِصُ الْخَمْسَةَ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي اِثْنَيْنِ ، تُكُنُّ ثَمَانِيَةً ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ ، تُكُنُّ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، تُنْقِصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تُكُنُّ مِائَةً وَأَرْبَعَةً ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْأَخِ^(٢١) . وَفِي ذَلِكَ تَضْرِبُ الْعَدَدَ الَّذِي مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَتُقَسِّمُهُ عَلَى تِسْعَةِ عَشَرَ ، فَالْمَخَارِجُ بِالْقِسْمِ هُوَ وَصِيَّتُهُ ، وَلَوْ وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ وَنَصِيفِ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، وَلِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ وَثُلُثِ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، كَانَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ثَمَانِيَةً وَعِشْرَةً ، وَوَصِيَّةُ الْخَالِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَبَابُهَا أَنْ تَضْرِبَ أَحَدَ الْمَخْرَجَيْنِ فِي الْآخَرِ ، وَتُنْقِصَهُ^(٢٢) وَاحِدًا ، فَهُوَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ

(١٩) فِي الْأَصْلِ ، اِزْيَادَةٌ : « وَتِسْعَةٌ » .

(٢٠) فِي ١ : « الْخَمْسَةُ » .

(٢١) فِي اِزْيَادَةٍ : « كُلُّهُ » .

(٢٢) فِي م : « وَانْقُصَهُ » .

مَخْرَجِ النِّصْفِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ تِسْعِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى ^(٢٣)خَمْسَةِ عَشَرَ ^(٢٣) ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ تَزِيدُ مَخْرَجَ الثُّلُثِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهُ فِي مَخْرَجِ النِّصْفِ ، ثُمَّ فِي عَشْرَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِينَ ، مَقْسُومَةً عَلَى خَمْسَةِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا آخَرُ ، وَوَصَّى لِلْحَالِ بِعَشْرَةٍ وَرُبْعٍ وَصِيَّتِهِ ، وَوَصَّى لَهُ بِعَشْرَةٍ وَرُبْعٍ وَصِيَّتِهِ الْعَمَّ ، ضَرَبْتَ الْمَخَارِجَ ، وَتَقَصَّيْتَهَا وَاحِدًا ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وَعِشْرِينَ ، فَهِيَ الْمَقْسُومُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزِيدُ الْاِثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِي ثَلَاثَةٍ تَكُنْ تِسْعَةً ، فَرِذْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ، ثُمَّ ^(٢٤)فِي عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اقْسِمِهَا تَخْرُجُ سَبْعَةَ عَشَرَ ، وَتِسْعَةَ أَجْزَاءَ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُمَّ تَصْنَعُ فِي الْبَاقِيَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا ، فَتَكُونُ وَصِيَّةُ الْحَالِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ جُزْءًا ، وَوَصِيَّةُ الثَّالِثِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءَ ، وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَ مَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فَاضْرِبِ الزَّائِدَ مِنْ وَصِيَّتِهِ فِي اثْنَيْنِ ، فَهُوَ وَصِيَّةُ الْحَالِ ، وَاضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِنْ وَصِيَّةِ الْحَالِ فِي ثَلَاثَةٍ ، فَهِيَ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَمَتَى عَرَفْتَ مَا مَعَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، أَمْكَنْكَ مَعْرِفَةَ مَا مَعَ الْآخَرِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَهَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِي ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ قَلِيلَةٌ ، وَفُرُوعُهُ كَبِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، / وَغَيْرُهَا أَهَمُّ مِنْهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى يُوقِنَا لِمَا يَرْضِيهِ ، ^(٢٣)إِنَّهُ عَلَى مَا يَشَاءُ قَدِيرٌ ^(٢٣) .

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٤) سقط من : م .

فهرس
الجزء الثامن
كتاب الإجازات

- فصل : اشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو
٦ العرض .
- ٧ فصل : هى نوع من البيع .
- ٧ فصل : لا تصح إلا من جائز التصرف .
- ٨٩١ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة ،
بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ،
وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت
العقد ، إلا أن يشترط أجلا) ٧ - ٢٠
- فصل : لا يشترط فى مدة الإجارة أن تلى
٩ ، ١٠ العقد .
- ١١ ، ١٠ فصل : لا تتقدر أكثر مدة الإجارة .
- فصل : الإجارة على ضربين ؛ أحدهما ، أن
يعقدها على مدة . والثانى ، أن يعقدها
١١ ، ١٢ على عمل معلوم .
- فصل : من اكترى دابة إلى العشاء ، فأخر
١٢ ، ١٣ المدة إلى غروب الشمس .
- فصل : إن اكترى فسطاطا إلى مكة ، ولم
١٣ ، ١٤ يقل متى أخرج ، فالكراء فاسد .
- فصل : الحكم الثالث ، أنه يشترط فى عوض
الإجارة كونه معلوما . ١٤
- فصل : كل ما جاز ثمننا فى البيع ، جاز عوضا
فى الإجارة . ١٤ ، ١٥

- فصل : لو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة
بجلدها . لم يجوز . ١٥
- فصل : لو استأجر راعيا لغنم بثلاث درهما
و... ، أو نصفه ، أو جميعه ، لم يجوز . ١٦ ، ١٥
- فصل : الحكم الرابع ، أن الإجارة إذا تمت ،
وكانت على مدة ، ملك المستأجر
المنافع المعقود عليها إلى المدة . ١٧ ، ١٦
- فصل : الحكم الخامس ، أن المؤجر يملك
الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ولم
يشترط المستأجر أجلا . ١٧ - ١٩
- فصل : الحكم السادس ، أنه إذا شرط تأجيل
الأجر ، فهو إلى أجله . ١٩
- فصل : إذا استوفى المستأجر المنافع ، استقر
الأجر . ٢٠ ، ١٩
- ٨٩٢ - مسألة : (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء
معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ ، إلا
عند تقضى كل شهر) ٢٠ - ٢٣
- فصل : إذا قال : أجرتك دارى عشرين
شهرا ، كل شهر بدرهم . جاز . ٢٢
- فصل : الإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس
لواحد منهما فسخها . ٢٣ ، ٢٢
- ٨٩٣ - مسألة : (ومن استأجر عقارا مدة بعينها ، فبداله قبل
تقضيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة) ٢٣ - ٢٥
- فصل : لا خلاف بين أهل العلم في إباحة
إجارة العقار . ٢٤ ، ٢٣
- فصل : كره أحمد كراء الحمام . ٢٤ ، ٢٥

- ٨٩٤ - مسألة : (ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند
تقضى المدة)
٢٦ ، ٢٥
- ٨٩٥ - مسألة : (فإن حوله المالك قبل تقضى المدة ، لم يكن
له أجر لما سكن)
٢٧ ، ٢٦
- فصل : إذا هرب الأجير ، ... لم تنفسخ
الإجارة .
٢٧
- ٨٩٦ - مسألة : (فإن جاء أمر غالب ، يحجز المستأجر عن
منفعة ما وقع عليه العقد ، لزمه من الأجر
بمقدار مدة انتفاعه)
٢٧ - ٣٤
- فصل : القسم الثانى ، أن يحدث على العين ما
يمنع نفعها ، ... فهذه ينظر فيها ؟ ...
٣٠ ، ٢٩
- فصل : القسم الثالث ، أن تغصب العين
المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ .
٣١ ، ٣٠
- فصل : القسم الرابع ، أن يتعذر استيفاء
المنفعة من العين بفعل صدر منها .
٣١
- فصل : القسم الخامس ، أن يحدث خوف
عام ، ... فهذا يثبت للمستأجر خيار
الفسخ .
٣٢ ، ٣١
- فصل : إذا اكترى عينا ، فوجد بها عيبا لم
يكن علم به ، فله فسخ العقد .
٣٣ ، ٣٢
- فصل : وعلى المكترى ما يتمكن به من
الانتفاع .
٣٤ ، ٣٣
- فصل : إن شرط على مكترى الحمام ، أو
غيره ، أن مدة تعطيله عليه ، لم يحجز .
٣٤
- فصل : إن شرط الإنفاق على العين النفقة
الواجبة على المكترى ، ... إذا شرطها

- ٣٤ على المكترى فالشرط فاسد .
- ٨٩٧ - مسألة : (ومن استأجر لعمل شيء بعينه ، فمرض ،
 ٣٥ - ٤٣ أقيم مقامه من عمله ، والأجرة على المريض)
 فصل : يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار
 ٣٦ ، ٣٧ والقنى .
- ٣٧ ، ٣٨ فصل : يجوز الاستئجار لضرب اللبن .
- ٣٨ فصل : يجوز الاستئجار للبناء .
- ٣٨ فصل : يجوز الاستئجار لتطيين السطوح
 والحيطان وتجهيزها .
- ٣٨ ، ٣٩ فصل : يجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب
 فقه أو ...
- ٣٩ فصل : يجوز أن يستأجر من يكتب له
 مصحفا .
- ٣٩ ، ٤٠ فصل : يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه .
- ٤٠ ، ٤١ فصل : يجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص ،
 في النفس وما دونها .
- ٤١ فصل : يجوز استئجار رجل ليدله على
 طريق .
- ٤٢ فصل : يجوز أن يستأجر سمسارا ، يشتري له
 ثيابا .
- ٤٢ ، ٤٣ فصل : إن استأجره لبيع له ثيابا بعينها ،
 صح .
- ٤٣ فصل : يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه
 كل شهر ، بشيء معلوم .
- ٨٩٨ - مسألة : (وإذا مات المكترى والمكترى ، أو أحدهما ،
 ٤٣ - ٥١ فالإجارة بآلها)

- فصل : إن مات المكترى ، ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة ، ...
 ٤٥ ، ٤٤ . الإجارة تنفسخ فيمابقى من المدة .
 فصل : إذا أجر الموقوف عليه الوقف مدة ، فمات فى أثناءها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان ؛ ...
 ٤٦ ، ٤٥
 فصل : إن أجر الولى الصبى ، أو ماله مدة ، فبلغ فى أثناءها ، ... ليس له فسخ الإجارة .
 ٤٧ ، ٤٦
 فصل : إن أجر عبده مدة ، ثم أعتقه فى أثناءها ، صح العتق ، ولم يطل عقد الإجارة .
 ٤٨ ، ٤٧
 فصل : إذا أجر عينا ، ثم باعها ، صح البيع .
 ٤٩ ، ٤٨
 فصل : إن اشتراها المستأجر ، صح البيع .
 ٤٩
 فصل : إن ورث المستأجر العين المستأجرة ، فالحكم فيه كما لو اشتراها ، فى بطلان الإجارة أو بقائها .
 ٥٠ ، ٤٩
 فصل : إن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها معيبة ، فردها ، فإن قلنا : ...
 ٥٠
 فصل : إذا وقعت الإجارة على عين ، ... فتلفت ، انفسخ العقد بتلفها .
 ٥١ ، ٥٠
 ٨٩٩ - مسألة : (ومن استأجر عقارا ، فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه)
 ٦٨ - ٥٢
 فصل : إذا اكترى دارا ، جاز إطلاق العقد .
 ٥٣ ، ٥٢
 فصل : إذا اكترى ظهرا لركبه ، فله أن يركبه مثله .
 ٥٣
 فصل : إن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة بمثله . فقياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط .
 ٥٤ ، ٥٣

- فصل : يجوز للمستأجر أن يؤجر العين
المستأجرة إذا قبضها . ٥٥ ، ٥٤
- فصل : يجوز للمستأجر إجارة العين ، بمثل
الأجرة وزيادة . ٥٦
- فصل : نقل الأثرم ، عن أحمد ، أنه سأل عن
الرجل يتقبل العمل من الأعمال ،
فيقبله بأقل من ذلك ، أيجوز له
الفضل ؟ قال : ما أدري . ٥٧ ، ٥٦
- فصل : كل عين استأجرها لمنفعة ، فله أن
يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في
الضرر . ٥٧
- فصل : إن اكترى دابة ليركبها في مسافة
معلومة ، ... فأراد العدول بها إلى
ناحية أخرى مثلها في القدر أضر
منها ، ... لم يجز . ٥٨
- فصل : يجوز أن يكتري قميصا ليلبسه . ٥٩ ، ٥٨
- فصل : إن استأجر أرضا . صح ... ولا
يصح حتى يرى الأرض . ٥٩ - ٦١
- فصل : إن أكرأها للغراس ؛ ففيه ما ذكرنا
من المسائل ، إلا أن له أن يزرعها . ٦١
- فصل : لا تخلو الأرض من قسمين ؛
أحدهما ، أن يكون له ماء دائم ، ...
والثاني ، أن لا يكون لها ماء دائم . ٦١ - ٦٣
- فصل : إن اكترى أرضا غارقة بالماء ، لا
يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، ...
فالعقد باطل . ٦٣

- فصل : متى غرق الزرع أو هلك ، ... فلا ضمان على المؤجر ، ولا خيار للمكترى ... ٦٣ ، ٦٤
- فصل : إذا استأجر أرضا للزراعة مدة ، فانقضت ، وفيها زرع لم يبلغ حصاده ، لم يخل من حالين ؛ ... ٦٤ ، ٦٥
- فصل : إذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها ... نظرنا ؛ ... ٦٥ ، ٦٦
- فصل : إذا أجره للغراس سنة ، صح . ٦٦ - ٦٨
- ٩٠٠ - مسألة : (ويعجز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته) ٦٨ - ٧٢
- فصل : إن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة ، ... جاز . ٧٠
- فصل : إن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه ، ... لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها . ٧٠
- فصل : إذا دفع إليه طعامه ، فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه ، نظرت ؛ ... ٧١
- فصل : إن قدم إليه طعاما ، فنهب أو تلف قبل أكله ، نظرت ؛ ... ٧١
- فصل : إذا دفع إلى رجل ثوبا ، وقال : بهم بكذا ، فما ازددت فهو لك . صح . ٧١ ، ٧٢
- فصل : قال أحد ، ... : لا بأس أن يحصد الزرع ، ويصرم النخل ، بسدس ما يخرج منه . ٧٢
- ٩٠١ - مسألة : (وكذلك الظئر) ٧٢ - ٧٦

- ٧٣ فصل : يشترط لهذا العقد أربعة شروط ، ...
فصل : اختلف في المعقود عليه في
- ٧٤ الرضاع ، ...
فصل : على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر
به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى
مطالبها بذلك .
- ٧٤ ، ٧٥ فصل : يجوز للرجل أن يؤجر أمته ، و...
فصل : يجوز للرجل استئجار أمه ، وأخته ،
وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك
سائر أقاربه .
- ٧٦ فصل : تنفسخ الإجارة بموت المرضعة .
٩٠٢ - مسألة : (ويستحب أن تعطى عند القطام عبداً أو
أمة ، كما جاء في الخبر ، إذا كان المسترضع
موسراً)
- ٧٦ ، ٧٧ ٩٠٣ - مسألة : (ومن اكترى دابة إلى موضع ، فجاوزه ،
فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما
جاوزه ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها)
٧٧ - ٨٠ الكلام في هذه المسألة في فصلين :
أحدهما : في الأجر الواجب ، وهو المسمى ،
وأجر المثل للزائد .
- ٧٧ ، ٧٨ الفصل الثاني : في الضمان ، ظاهر كلام
الخرق وجوب قيمتها إذا تلفت به .
- ٧٨ - ٨٠ فصل : لا ينسقط الضمان بردها إلى المسافة .
٨٠ ٩٠٤ - مسألة : (وكذلك إن اكترى لحمولة شيء ، فزاد
عليه)
- ٨٠ - ٨٤

- فصل : إن اكترى دابة إلى مسافة ، فسلك
 ٨٢ أشق منها ، ... يخرج فيها وجهان .
- فصل : إذا أكره حمل قفيزين ، فحملهما ،
 فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكترى
 ٨٤ ، ٨٣ تولى الكيل ...
- ٩٠٥ - مسألة : (ولا يجوز أن يكترى مدة غزائه)
 ٨٤
- ٩٠٦ - مسألة : (فإن سمى لكل يوم شيئا معلوما ، فجائز)
 ٨٩ - ٨٤
- فصل : نقل أبو الحارث ، عن أحمد ، في رجل
 استأجر دابة ، في عشرة أيام ، بعشرة
 دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك ،
 ٨٥ فله بكل يوم درهم ، فهو جائز .
- فصل : إن قال : إن خطت هذا الثوب اليوم
 فلك درهم ، وإن خطته غدا فلك
 ٨٦ نصف درهم ... فيه روايتان ؛ ...
- فصل : إن قال : إن خطته روميا فلك
 درهم ، وإن خطته فارسيا فلك
 ٨٧ ، ٨٦ نصف درهم . ففيها وجهان ؛ ...
- فصل : نقل مهنا ، عن أحمد في من استأجر
 من حمال إلى مصر بأربعين دينارا ،
 ٨٧ فإن نزل دمشق فكراؤه ...
- فصل : في مسائل الصبرة ، وفيها عشرة
 ٨٩ - ٨٧ مسائل ؛ ...
- ٩٠٧ - مسألة : (ومن اكترى إلى مكة ، فلم ير الجمال
 الراكبين والمحمل ، والأغطية ، والأوطنة ،
 ٩٧ - ٨٩ لم يميز الكراء)
- فصل : إذا كان الكراء إلى مكة ، أو طريق

- لا يكون السير فيه إلى اختيار
 المتكاريين ، فلا وجه لذكر تقدير
 السير فيه . ٩١ ، ٩٢
- فصل : إن اشترط حمل زاد مقدر ، كإثابة
 رطل ، نظرنا ؛ ... ٩٢
- فصل : إذا اكترى جملا ليحج عليه ، فله
 الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة
 إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى . ٩٢
- فصل : فيما يلزم المكري والمكترى
 للركوب . ٩٣
- فصل : إذا كان الراكب ممن لا يقدر على
 الركوب والبعير قائم ، ... فعلى
 الجمال أن يترك الجمال لركوبه
 ونزوله . ٩٣ ، ٩٤
- فصل : إذا اكترى ظهرا في طريق العادة فيه
 النزول ... والمكترى امرأة أو
 ضعيف ، لم يلزمه النزول . ٩٤
- فصل : إن هرب الجمال في بعض الطريق ،
 أو قبل الدخول فيها ، لم يخل من
 حالين ؛ ... ٩٤ - ٩٦
- فصل : قال أصحابنا : يصح كراء العقبة . ٩٦ ، ٩٧
- ٩٠٨ - مسألة : (فإن رأى الراكبين ، أو وصفا له ، وذكر
 الباقي بأرطال معلومة ، فجائز) ٩٧ - ١٠٣

- فصل : يجوز اكتراء الإبل والدواب
 للحمولة . ٩٨ ، ٩٩
- فصل : يجوز كراء الدابة للعمل . ١٠٠ ، ١٠١
- فصل : يجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحي . ١٠١ ، ١٠٢

فصل: إذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق

له ،...، جاز . ١٠٢، ١٠٣

٩٠٩ - مسألة : (وما حدث في السلعة من يد الصانع ،

ضمن) ١٠٣ - ١١٢

فصل: ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما

يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه . ١٠٤، ١٠٥

فصل: ذكر القاضى أنه إذا كان المستأجر

على حمله عبيدا صغارا أو كبارا ، فلا

ضمان على المكارى فيما تلف من

سَوِّقَهُ وقوده . ١٠٥، ١٠٦

فصل: فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجر

مدة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعد . ١٠٦

فصل: إذا استأجر الأجير المشترك أجيرا

خاصا ،... لم يضمنه ... ويضمنه

صاحب الدكان . ١٠٧

فصل: إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله ،

فصاحبه مخير ... ١٠٧

فصل: إذا دفع إلى حائك غزلا ، فقال :

انسجه لى عشرة أذرع فى عرض

ذراع . فنسجه زائدا ... فلا أجر له

فى الزيادة . ١٠٧، ١٠٨

فصل: إذا دفع إلى خياط ثوبا ، فقال : إن

كان يقطع قميصا فاقطعه . فقال :

هو يقطع . وقطعه ، فلم يكف ،

فعليه ضمانه . ١٠٨، ١٠٩

فصل: إن أمره أن يقطع الثوب قميص

رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه

- غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا . ١٠٩
فصل : إن اختلفا ، ... فالقول قول الخياط
والصباغ . ١٠٩ - ١١١
فصل : وكل من استؤجر على عمل في
عين ، ... فلا يخلو ؛ ... ١١٢ ، ١١١
٩١٠ - مسألة : (وإن تلفت من حرز ، فلا ضمان عليه ،
ولا أجر له فيما عمل فيها) ١١٢ - ١١٦
فصل : إذا حبس الصانع الثوب بعد
عمله ، ... فتلف ، ... لزمه
الضمان . ١١٣
فصل : إذا أخطأ القصار ، فدفع الثوب إلى
غير مالكة ، فعليه ضمانه . ١١٣
فصل : العين المستأجرة أمانة في يد
المستأجر . ١١٣ ، ١١٤
فصل : إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان
العين ، فالشرط فاسد . ١١٤ ، ١١٥
فصل : إن كانت الإجارة فاسدة ، لم يضمن
العين أيضا . ١١٥
فصل : للمستأجر ضرب الدابة بقدر
ما جرت به العادة . ١١٥ ، ١١٦
٩١١ - مسألة : (ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ، ولا
مطبيب ، إذا عرف منهم حذق الصنعة ، ولم
تجن أيديهم) ١١٧ - ١٢٣
فصل : إن ختن صبيا بغير إذن وليه ...
فسرت جنايته ، ضمن . ١١٧
فصل : يجوز الاستعجار على الختان . ١١٧

فصل : يجوز أن يستأجر حجاما ليحجمه . ١١٨ - ١٢٠

فصل : أما استئجار الخنجام لسفير

الخنجامة ، ... فجائز . ١٢٠

فصل : يجوز أن يستأجر كحالا ليكحل

عينه . ١٢٠ ، ١٢١

فصل : إذا استأجره مدة ، فكحله فيها ، فلم

تبرأ عينه ، استحق الأجر . ١٢١ ، ١٢٢

فصل : يجوز أن يستأجر طبيبا ليداويه . ١٢٢

فصل : يجوز أن يستأجر من يقطع ضرره . ١٢٢ ، ١٢٣

فصل : من استأجر على عمل موصوف في

الذمة ، ... فبذل الأجير نفسه

للعمل ، فلم يمكنه المستأجر ، لم

تستقر الأجرة بذلك . ١٢٣

٩١٢ - مسألة : (ولا ضمان على الراعي إذا لم يبعد) ١٢٣ - ١٤٥

فصل : لا يصح العقد في الرعي إلا على مدة

معلومة . ١٢٤ ، ١٢٥

فصل : فيما تجوز إجارته . ١٢٥ ، ١٢٦

فصل : تجوز إجارة الدراهم والدنانير ،

للوزن والتحلي ، في مدة معلومة . ١٢٦ ، ١٢٧

فصل : يجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا ،

ليجفف عليها الثياب ، أو يسطها

عليها ليستظل بظلها . ١٢٧ ، ١٢٨

فصل : يجوز استئجار غنم لتدوس له طينا أو

زرعا . ١٢٨

فصل : يجوز استئجار ما يبقى من الطيب

و ... ، لتشمه المرضى وغيرهم مدة ،

- ١٢٨ ثم يردده .
- فصل : تجوز إجارة الحائط ، ليضع عليها
- ١٢٨ خشبا معلوما ، مدة معلومة .
- فصل : يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا
- ١٢٨ يصل فيه .
- فصل : ذكر ابن عقيل ، أنه يجوز استئجار
- ١٢٩ البئر ، ليستقى منها أياما معلومة .
- فصل : يجوز استئجار الفهد والبازي والصقر
- ١٢٩ للصيد ، في مدة معلومة .
- فصل : ما لا تجوز إجارته أقسام :
- أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه . ١٢٩ ، ١٣٠
- فصل : لا تجوز إجارة الفحل للضراب . ١٣٠ ، ١٣١
- فصل : القسم الثاني ، ما منفعته محرمة . ١٣١ ، ١٣٢
- فصل : يكره أن يؤجر نفسه لكسح الكنف . ١٣٢ ، ١٣٣
- فصل : لا يجوز للرجل إجارة داره لمن
- ١٣٣ يتخذها كنيسة .
- فصل : القسم الثالث ، ما يحرم بيعه ، إلا الحر
- والوقف وأم الولد والمدير ، فإنه يجوز
- ١٣٣ ، ١٣٤ إيجارتهما ، وإن حرم بيعهما .
- فصل : في إجارة المصحف وجهان ؛
- أحدهما ، لا تصح إجارته ...
- والثاني ، تجوز إجارته . ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : لا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته . ١٣٥ ، ١٣٦
- فصل : نقل إبراهيم الحري ، عن أحمد ، أنه
- سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه
- ١٣٦ لوقت الصلاة : لا يجوز .

- فصل : القسم الرابع ، القرب التى يختص
 ١٣٦ - ١٣٩ فاعلمها بكونه من أهل القرية .
- فصل : إن أعطى المعلم شيئا من غير
 شرط ... لا يطالب ، ولا يشارط . ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل
 القرية ، ... جاز أخذ الأجر عليه . ١٤١
- فصل : إذا اختلفا فى قدر الأجر ... تحالفا ،
 ويبدأ يمين الآجر . ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : إن اختلفا فى المدة ، ... فالقول قول
 المالك . ١٤٢
- فصل : إن اختلفا فى التعدى فى العين
 المستأجرة ، فالقول قول المستأجر . ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ،
 ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا
 شرط ... ففعلا ذلك ، فلهما الأجر . ١٤٣ ، ١٤٤
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى
 مكة أو غيرها ... استحق الأجر
 بحمله فى الذهاب والرد . ١٤٤

كتاب إحياء الموات

- ٩١٣ - مسألة : (ومن أحيأ أرضا ، لم تملك ، فهى له) ١٤٦ - ١٥٤
- فصل : لا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب
 ودار الإسلام . ١٤٨
- فصل : لا فرق بين المسلم والذمى فى
 الإحياء . ١٤٨ ، ١٤٩
- فصل : ما قرب من العامر ، وتعلق

- بمصلحه ، ... فلا يجوز إحياءه . ١٤٩ ، ١٥٠
- فصل : وجميع البلاد فيما ذكرنا سواء ... ١٥٠ ، ١٥١
- فصل : إن تحجر رجل مواتا ... لم يملكها بذلك . ١٥١ - ١٥٣
- فصل : للإمام إقطاع الموات لمن يحييه . ١٥٣ ، ١٥٤
- ٩١٤ - مسألة : (إلا أن تكون أرض ملح أو ماء للمسلمين فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان) ١٥٤ - ١٧٦
- فصل : أما المعادن الباطنة ، ... لم تملك أيضا بالإحياء . ١٥٦ ، ١٥٧
- فصل : من أحيا أرضا ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن ، ملكه . ١٥٧
- فصل : لو شرع إنسان في حفر معدن ، ولم يصل إلى النبل ، صار أحق به . ١٥٧ ، ١٥٨
- فصل : لو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدنا ظاهرا ... ملك بالإحياء . ١٥٨
- فصل : من ملك معدنا ، فعمل فيه غيره بغير إذنه ، فما حصل منه فهو للمالكه .
- ولا أجر للفاصل . ١٥٨ ، ١٥٩
- فصل : إذا استأجر رجلا ليحفر له ... صح . ١٥٩
- فصل : من سبق في الموات إلى معدن ... ، فهو أحق بما ينال منه . ١٥٩ ، ١٦٠
- فصل : ما نضب عنه الماء من الجوائر ، لم يملك بالإحياء . ١٦٠ ، ١٦١
- فصل : ما كان من الشوارع والطرق ... فليس لأحد إحياءه . ١٦١ ، ١٦٢

فصل : فى القطائع ، وهى ضربان ؛ ... ١٦٢ - ١٦٤

فصل : ليس للإمام إقطاع ما لا يجوز إحياءه

من المعادن الظاهرة . ١٦٤ ، ١٦٥

فصل : لا ينفى أن يقطع الإمام أحدا من

الموات ، إلا ما يمكنه إحياءه . ١٦٥

فصل : فى الحمى . ١٦٥ - ١٦٧

فصل : ما حماه النبى ﷺ ، فليس لأحد

نقضه . ١٦٧

فصل : فى أحكام المياه ... إما ... جاريا أو

واقفا ، فإن كان جاريا فهو ضربان ؛

أحدهما ... ١٦٧ - ١٧٠

فصل : بالضرب الثانى ، الماء الجارى فى نهر

مملوك ، وهو أيضا قسمان ؛ ... ١٧٠ - ١٧٢

فصل : إذا حصل نصيب لإنسان فى ساقيته .

فله أن يسقى به ما شاء من الأرض . ١٧٢ ، ١٧٣

فصل : لكل واحد منهم أن يتصرف فى

ساقيته المختصة به . ١٧٣ ، ١٧٤

فصل : إن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة ،

جاز . ١٧٤ ، ١٧٥

فصل : القسم الثانى ، أن يكون منبع الماء

مملوكا . ١٧٥

فصل : إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين

جماعة ، فإن أرادوا إكراهه ... كان

ذلك عليهم على حسب ملكهم . ١٧٦

٩١٥ - مسألة : (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا) ١٧٦ - ١٧٨

٩١٦ - مسألة : (أو يحفر فيها بئرا ، فيكون له خمس

وعشرون ذراعا حواليا ، وإن سبق إلى بئر

- عادية ، فحريمها خمسون ذراعاً (١٧٨ - ١٨٢)
 فصل : لا بد أن يكون البئر فيها ماء . ١٨٠ ، ١٨١
 فصل : إذا كان لإنسان شجرة في موات ،
 فله حريمها قدر ما تمد إليه أغصانها
 حوالها . ١٨١
 فصل : من كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخر
 قريباً منها بئراً ... فليس له ذلك ١٨١ ، ١٨٢
 ٩١٧ - مسألة : (وسواء في ذلك ما أحياء ، أو سبق إليه
 بإذن الإمام ، أو غير إذنه) ١٨٢ - ١٨٦
 فصل : أما ما سبق إليه ، فهو الموات . ١٨٣

كتاب الوقوف والعطايا

- ٩١٨ - مسألة : (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه ، على
 قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين ،
 فقد زال ملكه عنه) ١٨٦ - ١٩١
 في هذه المسألة فصول ثلاثة :
 أحدها : أن الوقف إذا صح ، زال به ملك
 الواقف عنه . ١٨٦ ، ١٨٧
 الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام ، أنه يزول
 الملك ، ويلزم الوقف بمجرد اللفظ . ١٨٧
 الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من
 الموقوف عليه . ١٨٧ ، ١٨٨
 فصل : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف
 عليهم . ١٨٨ ، ١٨٩
 فصل : ألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة ،
 وثلاثة كناية . ١٨٩

- فصل : ظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه . ١٩٠ ، ١٩١
- ٩١٩ - مسألة : (ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه) ١٩١
- ٩٢٠ - مسألة : (إلا أن يشترط أن يأكل منه ، فيكون له مقدار ما يشترط) ١٩١ - ١٩٤
- فصل : إن شرط أن يأكل أهله منه ، صح الوقف والشرط . ١٩٢
- فصل : إن شرط أن يبيعه متى شاء ، ... لم يصح الشرط ولا الوقف . ١٩٢ ، ١٩٣
- فصل : إن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ، ويدخل من شاء ... لم يصح . ١٩٣
- فصل : إذا جعل علو داره مسجدا دون سفليها ، أو ... صح . ١٩٣
- فصل : إن جعل وسط داره مسجدا ، ولم يذكر الاستطراق ، صح . ١٩٤
- فصل : إذا وقف على نفسه ، ثم على المساكين ، أو على ولده ، ففيه روايتان ؛ ... ١٩٤
- ٩٢١ - مسألة : (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا أن يكون الواقف فضّل بعضهم) ١٩٤ - ٢٠٧
- في هذه المسألة فصول أربعة :
- الأول : أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم ، كان الوقف بين القوم وأولادهم . ١٩٥

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
المساكين ... يكون الوقف على
أولاده وأولاد أولاده ، من الأولاد
البنين .

١٩٧ - ١٩٥

فصل : إن رتب فقال : وقفت هذا على
ولدى ، وولد ولدى ، ... فيكون
على ما شرط ، ولا يستحق البطن
الثانى شيئا حتى ينقرض البطن كله .
فصل : إن رتب بعضهم دون بعض ، ...
يشترك من شرك بينهم بالواو المقتضية
للجمع والتشريك .

١٩٨

فصل : إن قال : وقفت على أولادى ، ثم على
أولاد أولادى ، ... فهو على ما
شرطه .

١٩٨ - ٢٠٠

فصل : إن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، ...
فهو على ما شرط .

٢٠٠

فصل : إن كان له ثلاثة بنين فقال : قد وقفت
على ولدى فلان وفلان ، وعلى ولد
ولدى . كان الوقف على الابنين

٢٠٠ ، ٢٠١

المسميين ، ... وليس للثالث شيء .
فصل : من وقف على أولاده أو أولاد غيره ،
وفيهم حمل ، لم يستحق شيئا قبل
انفصاله .

٢٠١ ، ٢٠٢

الفصل الثانى : إذا وقف على قوم وأولادهم ...

٢٠٢ - ٢٠٥

دخل فى الوقف ولد البنين .
الفصل الثالث : أنه إذا وقف على أولاد رجل ،

- وأولاد أولاده ، استوى فيه الذكر والأنثى . ٢٠٥
- الفصل الرابع : أنه إذا فضل بعضهم على بعض ، فهو على ما قال . ٢٠٦ ، ٢٠٥
- فصل : المستحب أن يقسم الوقف على أولاده ، على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم . ٢٠٧ ، ٢٠٦
- ٩٢٢ - مسألة : (فإذا لم يبق منهم أحد ، رجع إلى المساكين) ٢٠٧ - ٢١٠
- فصل : إن وقف على سبيل الله ، أو ابن السبيل ، ... فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات . ٢٠٩
- فصل : إذا وقف على سبيل الله ، وسبيل الثواب ، ... يصرف ثلث الوقف إلى من يصرف إليهم السهم من الزكاة . ٢١٠ ، ٢٠٩
- ٩٢٣ - مسألة : (فإن لم يجعل آخره للمساكين ، ولم يبق ممن وقف عليه أحد ، رجع إلى ورثة الواقف ، في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله ، رحمه الله ، والرواية الأخرى يكون وقفا على أقرب عصبه الواقف) ٢١٠ - ٢١٥
- فصل : إن لم يكن للواقف أقارب ، ... صرف إلى الفقراء والمساكين . ٢١٣
- فصل : إن قال : وقفت هذا . وسكت ... فلا نص فيه . وقال : ... يصح الوقف . ٢١٣
- فصل : إن وقف على من يجوز الوقف عليه ، ثم على من لا يجوز ... صح الوقف . ٢١٤

- فصل : إن كان الوقف منقطع الابتداء ...
 ٢١٥ ، ٢١٤ فالوقف باطل .
- فصل : إن كان الوقف صحيح الطرفين ، ...
 ٢١٥ خرج في صحة الوقف وجهان ؛ ...
- ٩٢٤ - مسألة : (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه ، أو
 قال : هو وقف بعد موتى . ولم يخرج من
 الثلث ، وقف منه بقدر الثلث ، إلا أن يتميز
 الورثة)
 ٢٢٠ - ٢١٥
- فصل : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط
 ٢١٧ ، ٢١٦ في الحياة .
- فصل : إن علق انتهاء على شرط ... لم
 ٢١٧ يصح .
- فصل : إن قال : هذا وقف على ولدى سنة ،
 ٢١٧ ثم على المساكين . صح .
- فصل : اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف
 في مرضه على بعض ورثته ، فعنه : لا
 ٢١٧ - ٢١٩ يجوز ذلك .
- فصل : إن وقف داره ، وهى تخرج من
 الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين ، في
 مرض موته ، ... يصح الوقف ،
 ٢٢٠ ، ٢١٩ ويلزم .
- ٩٢٥ - مسألة : (وإذا خرب الوقف ، ولم يرد شيئا ، بيع ،
 واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف ،
 وجعل وقفا كالأول ، وكذلك الفرس
 الحيس إذا لم يصلح للغزو ، بيع ، واشترى
 ٢٢٠ - ٢٢٨ بثمنه ما يصلح للجهاد)
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الوقف إذا

- بيع ، فأى شيء اشترى بثلثه مما يرد
 ٢٢٢ على أهل الوقف ، جاز .
- فصل : إذا لم يكف ثمن الفرس الحبيس لشراء
 فرس أخرى ، أعين به فى شراء فرس
 ٢٢٢ ، ٢٢٣ حبيس يكون بعض الثمن .
- فصل : إن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية ،
 ٢٢٣ لكن قلت ... لم يجوز بيعه .
- فصل : قال أحمد ، فى رواية أبى داود ، فى
 مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ،
 ويجعل تحته سقاية وحوانيت ، فامتنع
 بعضهم من ذلك ، فينظر إلى قول
 ٢٢٣ أكثرهم .
- فصل : لا يجوز أن يغرس فى المسجد شجرة . ٢٢٤
- فصل : ما فضل من حصر المسجد
 وزيته ... ، جاز أن يجعل فى مسجد
 ٢٢٤ ، ٢٢٥ آخر .
- فصل : إذا جنى الوقف جناية توجب
 ٢٢٥ القصاص ، وجب .
- فصل : إن جنى على الوقف جناية موجبة
 ٢٢٦ للمال ، وجب .
- فصل : يجوز تزويج الأمة الموقوفة . ٢٢٦ ، ٢٢٧
- فصل : ليس للموقوف عليه وطء الأمة
 ٢٢٧ الموقوفة .
- فصل : إن أعتق العبد الموقوف ، لم ينفذ
 ٢٢٨ عتقه .
- ٩٢٦ - مسألة : (وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة
 أوسق ، ففيه الزكاة . وإذا صار الوقف

٢٢٩، ٢٢٨

للمساكين ، فلا زكاة فيه)

فصل : يصح الوقف على القبيلة

العظيمة ، ... ويجوز الوقف على

٢٢٩

المسلمين كلهم .

٩٢٧ - مسألة : (وما لا يتنفع به إلا بالإتلاف ، مثل الذهب

والورق والمأكول والمشروب ، فوقفه غير

٢٢٩ - ٢٣١

جائز)

فصل : المراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم

٢٣٠

والدنانير ، وما ليس بحلى .

٢٣٠ ، ٢٣١

فصل : لا يصح وقف الشمع .

فصل : قال أحمد ، فى من وصى بفرس

وسرج ولجام مفضض ، يوقف فى

٢٣١

سبيل الله : فهو على ما وقف ووصى .

٢٣١ - ٢٣٣

٩٢٨ - مسألة : (ويصح الوقف فيما عدا ذلك)

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجل له

دار فى الرضى ، ... فأراد التنزه

٢٣٣

منها . قال : يقفها .

٢٣٣ ، ٢٣٤

٩٢٩ - مسألة : (ويصح وقف المشاع)

فصل : إن وقف داره على جهتين مختلفتين ، ...

٢٣٣ ، ٢٣٤

جائز .

فصل : إن أريد تمييز الوقف عن الطلق

٢٣٤

بالقسمة ... الصحيح أنها إفراز حق .

٩٣٠ - مسألة : (وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر ، فهو

٢٣٤ - ٢٣٨

باطل)

٢٣٥ ، ٢٣٦

فصل : لا يصح الوقف على من لا يملك .

٢٣٦

فصل : يصح الوقف على أهل الذمة .

- فصل : ينظر في الوقف من شرطه الواقف . ٢٣٦ - ٢٣٨
فصل : نفقة الوقف من حيث شرط الواقف . ٢٣٨

كتاب الهبة والعطية

- ٩٣١ - مسألة : (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه)
٢٣٩ - ٢٤٤
فصل : قول الخرقى : « لا يصح » . يحتمل أن يريد ...
٢٤١ ، ٢٤٢
فصل : الواهب بالخيار قبل القبض ، ... لا يصح قبضها إلا بإذنه .
٢٤٢
فصل : إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، بطلت الهبة .
٢٤٣ ، ٢٤٤
فصل : إن وهبه شيئا في يد المتهب ... الهبة تلزم من غير قبض .
٢٤٤
٩٣٢ - مسألة : (ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع)
٢٤٤ - ٢٥٢
فصل : قول الخرقى : « إذا قبل » يدل على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب والقبول .
٢٤٥ - ٢٤٧
فصل : القبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه ، لا حائل دونه .
٢٤٧
فصل : تصح هبة المشاع .
٢٤٧ ، ٢٤٨
فصل : متى قلنا : إن القبض شرط في الهبة . لم تصح الهبة فيما لا يمكن تسليمه .
٢٤٨ ، ٢٤٩
فصل : لا تصح هبة الحمل في البطن .
٢٤٩
فصل : قال أحمد ، ... لا تصح هبة المجهول .
٢٤٩ ، ٢٥٠

- ٢٥٠ فصل : لا يصح تعليق الهبة بشرط .
- فصل : إن وهب أمة ، واستثنى ما في بطنها .
- ٢٥٠ صح .
- فصل : إذا كان له في ذمة إنسان دين ، فوهبه له ... صح .
- ٢٥١ ، ٢٥٠ فصل : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته ... لم يصح .
- ٢٥١ فصل : تصح البراءة من المجهول .
- ٢٥٢ ، ٢٥١ ٩٣٣ - مسألة : (ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيه بعده ، أو الحاكم ، أو أمينه بأمره)
- ٢٥٦ - ٢٥٢ فصل : إن وهب الأب لابنه شيئاً ، قام مقامه في القبض والقبول .
- ٢٥٥ ، ٢٥٤ فصل : إن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه ... لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي .
- ٢٥٥ فصل : أما الهبة من الصبي لغيره ، فلا تصح .
- ٢٥٦ ، ٢٥٥ ٩٣٤ - مسألة : (وإذا فاضل بين ولده في العطية ، أمر برده ، كأمر النبي ﷺ)
- ٢٦٩ - ٢٥٦ فصل : إن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه ... روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك .
- ٢٥٩ ، ٢٥٨ فصل : لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية .
- ٢٦٠ ، ٢٥٩ فصل : ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه .
- ٢٦١ ، ٢٦٠ فصل : الأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب .
- ٢٦١

- فصل : قول الخرق : « أمر برده » . يدل على
 ٢٦٢ ، ٢٦١ أن للأب الرجوع فيما وهب لولده .
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن الأم كالأب ،
 ٢٦٣ ، ٢٦٢ في الرجوع في الهبة .
- فصل : لا فرق ... بين الهبة والصدقة . ٢٦٤
- فصل : للرجوع في هبة الولد شروط أربعة :
 ٢٦٤ أحدها : أن تكون باقية في ملك الابن .
- فصل : الثاني ، أن تكون العين باقية في
 ٢٦٥ ، ٢٦٤ تصرف الولد .
- فصل : الثالث ، أن لا يتعلق بها رغبة لغير
 ٢٦٦ الولد .
- فصل : الرابع : أن لا تزيد زيادة متصلة . ٢٦٧ ، ٢٦٦
- فصل : إن قصر العين أو فصلها ، فلم تزد
 ٢٦٨ ، ٢٦٧ قيمتها ، لم تمنع الرجوع .
- فصل : إن تلف بعض العين ، ... لم يمنع
 ٢٦٨ الرجوع فيها .
- فصل : الرجوع في الهبة أن يقول : قد
 ٢٦٩ ، ٢٦٨ رجعت فيها ...
- ٩٣٥ - مسألة : (فإن مات ولم يرُدْذه ، فقد ثبت لمن وهب
 له ، إذا كان ذلك في صحته)
 ٢٧٧ - ٢٦٩
- فصل : قال أحمد : أحب أن لا يقسم ماله ،
 ٢٧٢ ، ٢٧١ ويدعه على فرائض الله تعالى .
- فصل : للأب أن يأخذ من مال ولده ما
 ٢٧٤ - ٢٧٢ شاء ، ويملكه .
- فصل : ليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه . ٢٧٥ ، ٢٧٤
- فصل : إن تصرف الأب في مال الابن قبل

- تملكه ، لم يصح تصرفه . ٢٧٦ ، ٢٧٥
- فصل : قال أحمد : بين الرجل وبين ولده ربا . ٢٧٦
- فصل : ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه . ٢٧٧ ، ٢٧٦
- ٩٣٦ - مسألة : (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته ، ولا لمُهب أن يرجع في هديته ، وإن لم يُكتب عليها) ٢٧٧ - ٢٨١
- فصل : حصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوى رحمه المَحْرَم غير ولده ، لا رجوع فيه . ٢٧٩ ، ٢٧٨
- فصل : لا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته . ٢٧٩
- فصل : الهبة المطلقة ، لا تقتضى ثوبا . ٢٨٠ ، ٢٨١
- ٩٣٧ - مسألة : (وإذا قال : دارى لك عمرى . أو هي لك عمرك . فهي له ولورثته من بعده) ٢٨١ - ٢٨٨
- فصل : إذا شرط في العمرى أنها للمُعْتَمِر وعقبه ، ... تكون للمُعْتَمِر وورثته . ٢٨٥ ، ٢٨٦
- فصل : الرُقْبَى هي أن يقول : هذا لك عمرك ، فإن مت قبل رجوع إلى ، وإن مت قبلك فهو لك . ٢٨٦ ، ٢٨٧
- فصل : تصح العمرى في غير العقار ، من الحيوان ، والنبات . ٢٨٧
- فصل : إن وقَّت الهبة إلى غير العمرى والرُقْبَى ، ... لم يصح . ٢٨٨
- ٩٣٨ - مسألة : (وإن قال : سَكَنَّاها لك عمرك . كان له

أخذها أى وقت أحب ؛ لأن السكني ليست
كالعمري والرقبي)

٢٨٨ - ٢٩١

فصل : إذا وهب هبة فاسدة ، ... ثم وهب
تلك العين ، أو باعها بمقد
صحيح ، ... صح العقد الثاني ، ... ٢٨٩

كتاب اللقطة

فصل : قال إمامنا ، ... : الأفضل ترك
الالتقاط .

٢٩١

٩٣٩ - مسألة : (ومن وجد لقطة ، عَرَفَهَا سنة في
الأسواق ، وأبواب المساجد)

٢٩٢ - ٢٩٩

الفصل الثانى : في قدر التعريف ، وذلك سنة . ٢٩٣
الفصل الثالث : في زمانه ، وهو النهار دون
الليل .

٢٩٤

الفصل الرابع : في مكانه ، وهو الأسواق ،
وأبواب المساجد والجوامع .

٢٩٤

الفصل الخامس : في مَنْ يتولاه ، وللملتقط أن
يتولى ذلك بنفسه .

٢٩٥

الفصل السادس : في كيفية التعريف ، وهو
أن يذكر جنسها .

٢٩٥

فصل : لم يفرق الخرق بين يسير اللقطة
وكثيرها .

٢٩٥ - ٢٩٧

فصل : إذا أخرج التعريف عن الحول الأول ،
مع إمكانه ، أثم .

٢٩٧ ، ٢٩٨

فصل : إن ترك التعريف في الحول الأول ؛

- لعجزه عنه ... فقيه وجهان ؛ ... ٢٩٨ ، ٢٩٩
- ٩٤٠ - مسألة : (فإن جاء ربها ، وإلا كانت كسائر ماله) ٢٩٩ - ٣٠٧
- فصل : تدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكما . ٣٠٠ ، ٣٠١
- فصل : إن التقطها اثنان ، فعرفاها حولا ، ملكاها جميعا . ٣٠١
- فصل : تُمْلِكُ اللقطة ملكا مراعى ، يزول بمجئ صاحبها ، ويضمن له بدلها إن تعذر ردها . ٣٠١ ، ٣٠٢
- فصل : كل ما جاز التقاطه ، مُلْكٌ بالتعريف عند تمامه . ٣٠٢ - ٣٠٥
- فصل : ظاهر كلام أحمد والخرق ، أن لقطة الحل والحرم سواء . ٣٠٥ - ٣٠٧
- فصل : إذا التقط لقطة ، عازما على تملكها بغير تعريف ، فقد فعل محرما . ٣٠٧
- ٩٤١ - مسألة : (وحفظ وكاءها وعفاصها ، وحفظ عددها وصفتها) ٣٠٧ - ٣٠٩
- فصل : يستحب أن يُشْهَدَ عليها حين يجدها . ٣٠٨ ، ٣٠٩
- ٩٤٢ - مسألة : (فإن جاء ربها فوصفها له ، دُفِعَتْ إليه بلا بينة) ٣٠٩ - ٣١٢
- فصل : إن وصفها اثنان ، أقرع بينهما . ٣١١ ، ٣١٢
- فصل : لو جاء مدع للقطة ، فلم يصفها ، ... لم يجوز دفعها إليه . ٣١٢
- ٩٤٣ - مسألة : (أو مثلها إن كانت قد استهلك) ٣١٣ - ٣٢٢
- فصل : إن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ... لم يكن له الرجوع فيها ،

- ٣١٥ ، ٣١٤ وله أخذ بدلها .
- فصل : إذا أخذ اللقطة ، ثم ردها إلى موضعها ، ضمنها . ٣١٥
- فصل : إن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط ، فلا ضمان عليه . ٣١٦
- فصل : من اصطاد سمكة ، فوجد فيها درة ، فهى للصياد . ٣١٧
- فصل : إن وجد عنبرة على ساحل البحر ، فهى له . ٣١٨
- فصل : إن صاد غزالا ، فوجده مخضوبا ، أو ... فهو لقطة . ٣١٩ ، ٣١٨
- فصل : من أخذت ثيابه من الحمام ، ووجد بدلها ، ... لم يملكه بذلك . ٣٢٠ ، ٣١٩
- فصل : قال أحمد ، فى من عنده رهون ، قد أتى عليها زمان لا يعرف صاحبها : يبيعها ، ويتصدق بثمنها ، فإن جاء صاحبها غرمها له . ٣٢١ ، ٣٢٠
- فصل : نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحب الدار والساكن فى دفن فى دار ، ... فكل من أصاب الوصف فهو له . ٣٢١
- فصل : من وجد لقطة فى دار الحرب ... يعرفها سنة فى دار الإسلام ، ثم يطرحها فى المقسم . ٣٢٢ ، ٣٢١
- ٩٤٤ - مسألة : (وإن كان الملتقط قد مات ، فصاحبها غريم بها) ٣٢٣ ، ٣٢٢

- ٩٤٥ - مسألة : (وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها ، شيئاً معلوماً ، فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)
 ٣٢٢ - ٣٢٣
 فصل : يجوز أن يجعل الجعل في الجمالة لواحد بعينه .
 ٣٢٥ ، ٣٢٦
 فصل : إن قال : من رد عبدي من بلد كذا فله دينار . فرده لإنسان من نصف طريق ذلك البلد ، استحق نصف الجعل .
 ٣٢٦ ، ٣٢٧
 فصل : الجمالة تساوى الإجارة في اعتبار العلم بالعوض .
 ٣٢٧ ، ٣٢٨
 فصل : من رد لقطة أو ضالة ، ... بغير جعل ، لم يستحق عوضاً .
 ٣٢٨
 فصل : أما رد العبد الآبق ، فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشترط له .
 ٣٢٨ - ٣٣٠
 فصل : يجوز أخذ الآبق لمن وجده .
 ٣٣١
 فصل : إذا أبق العبد ، فحصل في يد حاكم ، فأقام سيده بينة ، ... قَبِلَ كتابه ، وسلم إليه العبد .
 ٣٣١ ، ٣٣٢
 ٩٤٦ - مسألة : (وإن كان التقطها قبل ذلك ، فردها لعله الجعل ، لم يجوز له أخذه)
 ٣٣٢ ، ٣٣٣
 ٩٤٧ - مسألة : (وإن كان الذي وجد اللقطة سفياً أو طفلاً ، قام وليه بصرفها ، فإن تمت السنة ، ضمها إلى مال واجدها)
 ٣٣٣ - ٣٣٧
 فصل : قال أحمد ، في رواية العباس ابن موسى ، في غلام له عشر سنين ،

التقط لقطه ، ثم كبر : فإن وجد

صاحبها دفعها إليه . ٣٣٤

فصل : إذا وجد العبد لقطه ، فله أخذها بغير

إذن سيده ، ويصح التقاطه . ٣٣٤ - ٣٣٦

فصل : المكاتب كالحُر في اللقطه . ٣٣٦

فصل : الذمي في الالتقاط كالمسلم . ٣٣٦ ، ٣٣٧

فصل : يستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ

اللقطة . ٣٣٧

٩٤٨ - مسألة : (وإذا وجد الشاة بمصر ، أو مهلكة ، فهي

لقطة) ٣٣٧ - ٣٤٣

فصل : يتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء ؛ ... ٣٣٩ - ٣٤١

فصل : إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته . ٣٤١

فصل : إذا التقط مالا يبقى عاما ، فذلك

نوعان ؛ ... ٣٤١ - ٣٤٣

٩٤٩ - مسألة : (ولا يعرض لبيع ، ولا لما فيه قوة يمنع عن

نفسه) ٣٤٣ - ٣٥٠

فصل : إن كانت الصيد مستوحشة ، ...

جاء التقاطها . ٣٤٤

فصل : البقرة كالإبل . ٣٤٤ ، ٣٤٥

فصل : إن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز

أخذه على سبيل الالتقاط ، ضمنه . ٣٤٥

فصل : للإمام أو نائبه أخذ الضالة على وجه

الحفظ لصاحبها . ٣٤٥ ، ٣٤٦

فصل : إن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها

لصاحبها ، لم يجز . ٣٤٦

فصل : ما يحصل عند الإمام من الضوال ،

- فإنه يشهد عليها ، ويسمُّها بأنها
 ضالة . ٣٤٧ ، ٣٤٦
- فصل : من ترك دابة بمهلكة ، فأخذها
 إنسان ، فأطعمها ... ملكها . ٣٤٨ ، ٣٤٧
- فصل : إن ترك متاعا ، فخلصه إنسان ، لم
 يملكه . ٣٤٩ ، ٣٤٨
- فصل : ذكر القاضى فيما إذا التقط عبدا
 صغيرا ، ... لا يملك بالتعريف . ٣٤٩

كتاب اللقيط

- ٩٥٠ - مسألة : (واللقيط حر)
 فصل : لا يخلو اللقيط من أن يوجد فى دار
 الإسلام ، أو فى دار الكفر ، ... ٣٥٢ ، ٣٥١
- فصل : فى الموضع الذى حكمنا بإسلامه ،
 إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا . ٣٥٣ ، ٣٥٢
- فصل : إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة ،
 فالعقل على بيت المال . ٣٥٤ ، ٣٥٣
- فصل : إن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا ،
 حد ثمانين . ٣٥٤
- ٩٥١ - مسألة : (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه
 شيء بنفق عليه)
 فصل : أما إن وجد مع اللقيط شيء ، فهو
 له ، وينفق عليه منه . ٣٥٨ - ٣٥٥
- ٩٥٢ - مسألة : (وولاؤه لسائر المسلمين)
 ٣٦٠ - ٣٥٨
- ٩٥٣ - مسألة : (وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينا ، منع من
 السفر به)
 ٣٦٧ - ٣٦٠

فصل : إذا التقط اللقيط من هو مستور

الحال ، ... أقر اللقيط في يديه . ٣٦٢

فصل : إن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان

يقيم به ، نظرنا ؛ ... ٣٦٢ ، ٣٦٣

فصل : ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ ، إذا

وجد من يلتقطه سواه . ٣٦٣

فصل : ليس لكافر التقاط مسلم . ٣٦٣ ، ٣٦٤

فصل : إن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولا

واحدا ، لم يخل من ثلاثة أقسام ؛ ... ٣٦٤ ، ٣٦٥

فصل : إن رآياه جميعا ، فسبق أحدهما

فأخذه ، ... فهو أحق به . ٣٦٥ ، ٣٦٦

فصل : إن اختلفا ، ... ولا بينة لأحدهما ،

وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع

يمينه أنه التقطه . ٣٦٦ ، ٣٦٧

٩٥٤ - مسألة : (وإن ادعاه مسلم وكافر ، أرى القافة ،

فبأيهما ألحقوه لحقه) ٣٦٧ - ٣٩٥

فصول :

أحدها : أنه إذا ادعاه مسلم وكافر ، أو حر

وعبد ، فهما سواء . ٣٧٠ ، ٣٧١

الفصل الثاني : أنه إذا ادعاه اثنان ، فكان

لأحدهما بينة ، فهو ابنه . ٣٧١

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن به بينة ، ...

فإننا نريه القافة معهما ، ... فنلحقه

بمن ألحقته به منهما . ٣٧١ - ٣٧٤

فصل : القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه . ٣٧٥ ، ٣٧٦

فصل : إن ألحقته القافة بكافر أو رقيق ،

- لم يحكم بكفره ولا رقه . ٣٧٦
 فصل : لو ادعى نسب اللقيط إنسان ، فألحق
 نسبه به ... ثم جاء آخر فادعاه ، لم
 يزل نسبه عن الأول . ٣٧٧ ، ٣٧٦
 فصل : إذا ادعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما ،
 ألحق بهما . ٣٧٨ ، ٣٧٧
 فصل : إن ادعاه أكثر من اثنين ، فألحقته بهم
 القافة ، ... يلحق بثلاثة . ٣٧٩ ، ٣٧٨
 فصل : إذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر
 عليها ... الابن يخير أيهما أحب . ٣٨١ - ٣٧٩
 فصل : إن ادعت امرأتان نسب ولد ، فذلك
 مبنى على قبول دعوتهما . ٣٨٢ ، ٣٨١
 فصل : إن ادعى نسبه رجل وامرأة ، فلا
 تناف بينهما . ٣٨٢
 فصل : إن ولدت امرأتان ابنا وبتنا ، فادعت
 كل واحدة منهما أن الابن ولدها دون
 البنت ، احتمل وجهين ؛ ... ٣٨٣ ، ٣٨٢
 فصل : لو ادعى اللقيط رجلان ، ...
 نظرنا ، ... ٣٨٣
 فصل : إذا وطئ رجلان امرأة في طهر
 واحد ، ... فأنت بولد يمكن أن
 يكون منهما ... يرى القافة معهما ،
 فبأيهما ألحقوه لحق . ٣٨٣
 فصل : إذا ادعى رق اللقيط مدع ، سمعت
 دعواه . ٣٨٤ ، ٣٨٣
 فصل : إن ادعى رق اللقيط بعد بلوغه مدع ،

- كلف إجابهته ، ... ، ٣٨٥ ، ٣٨٤
 فصل : إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه ، لم
 يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ، فإن
 كان ذكرا ، ... ، ٣٨٧ ، ٣٨٦
 فصل : إن كان قد تصرف ببيع أو شراء ،
 ٣٨٧ فتصرفه صحيح .
 فصل : إن كان قد جنى جناية موجبة
 للقصاص ، فعليه له القود . ٣٨٨ ، ٣٨٧

كتاب الوصايا

- فصل : لا تجب الوصية إلا على من عليه
 دين ، ... ، ٣٩١ ، ٣٩٠
 فصل : تستحب الوصية بجزء من المال لمن
 ترك خيرا ، ... ، ٣٩١ - ٣٩٣
 فصل : الأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية
 وإن كان غنيا ، ... ، ٣٩٣ ، ٣٩٤
 فصل : الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين
 لا يرثون ، إذا كانوا فقراء . ٣٩٤ ، ٣٩٥
 ٩٥٥ - مسألة : (ولا وصية لوارث ، إلا أن يميز الورثة
 ذلك) ٣٩٦ - ٤٠٤
 فصل : إن أسقط عن وارثه ديناً ، ... فهو
 كالوصية . ٣٩٧
 فصل : إن وصى لكل وارث بمعين من ماله
 بقدر نصيبه ، ... احتمال أن تصح
 الوصية . ٣٩٧ ، ٣٩٨
 فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير

٣٩٨ - ٤٠٠

عوض ، عتق وورث .

فصل : إن ملك من ورثته من لا يعتق عليه ، ... فأعتقهم في مرضه ،

٤٠٠

فعتقهم وصية .

فصل : مريض اشترى أباه بألف ، لا مال له

٤٠١ ، ٤٠٠

سواه ، فعلى رواية ... يعتق كله ...

فصل : إذا وهب لإنسان أبوه ، أو وصى له

٤٠١

به ، استحجب له أن يقبله ، ولم يجب .

فصل : إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلته ، فأجاز

سائر الورثة وصية الوارث ، فالثلث

٤٠٢ ، ٤٠١

بينهما .

فصل : إن وصى بثلته لوارث وأجنبي ،

٤٠٣

وقال : ...

فصل : إن وصى لوارث ، فأجاز بعض باق

الورثة الوصية دون البعض ، نفذ في

٤٠٤ ، ٤٠٣

نصيب من أجاز ، دون من لم يجز .

٩٥٦ - مسألة : (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث ،

فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى ،

٤٠٧ - ٤٠٤

جاز ، وإن لم يميزوا ، رد إلى الثلث)

فصل : لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت

٤٠٦ ، ٤٠٥

الموصى .

فصل : إذا أوصى بأكثر من الثلث ، فأجاز

٤٠٦

الوارث الوصية ، وقال : ...

فصل : لا تصح الإجازة إلا من جائز

٤٠٧

التصرف .

٩٥٧ - مسألة : (ومن أوصى له ، وهو في الظاهر وارث ،

فلم يمت الموصى حتى صار الموصى له غير وارث ، فالوصية له ثابتة ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت)

٤٠٧ - ٤١٣

فصل : لو أوصى لامرأة أجنبية ، أو أوصت له ، ثم تزوجها ، لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة .

٤٠٧ ، ٤٠٨

فصل : إن أعتق أمته في صحته ، ثم تزوجها في مرضه ، صح .

٤٠٨

فصل : إن أعتق أمة لا يملك غيرها ، ثم تزوجها ، فالنكاح صحيح في الظاهر .

٤٠٨ - ٤١٠

فصل : لو أن امرأة مريضة أعتقت عبدا قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت ، وخلفت مائة . اقتضى ... أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة ، فيكون ذلك هو التركة .

٤١٠

فصل : لو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثته ، بطلت المحاباة .

٤١٠ ، ٤١١

فصل : إذا أوصى بجارية لزوجها الحر ، قبلها ، انفسخ النكاح .

٤١١ - ٤١٣

٩٥٨ - مسألة : (فإن مات الموصى له قبل موت الموصى ، بطلت الوصية)

٤١٣ - ٤١٥

فصل : لا تصح الوصية لميت .

٤١٣ - ٤١٥

٩٥٩ - مسألة : (وإن رد الموصى له الوصية ، بعد موت

- الموصى ، بطلت الوصية) ٤١٥ ، ٤١٦
- فصل : كل موضع صح الرد فيه ، فإن الوصية تبطل بالرد ، وترجع إلى التركة ، فتكون للوراث جميعهم . ٤١٦
- فصل : يحصل الرد بقوله : رددت الوصية . وقوله : لا أقبلها . ٤١٦
- ٩٦٠ - مسألة : (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثه في ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصى) ٤١٦ - ٤٢٣
- فصل : لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول . ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين ، ... ٤٢٠ - ٤٢٢
- فصل : تصح الوصية مطلقة ومقيدة . ٤٢٢ ، ٤٢٣
- ٩٦١ - مسألة : (وإذا أوصى له بسهم من ماله ، أعطى السدس ، ... رواية أخرى ، يعطى سهمها مما تصح منه الفريضة) ٤٢٣ - ٤٢٦
- فصل : إن أوصى بجزء ... أعطاه الورثة ما شاعوا . ٤٢٦
- ٩٦٢ - مسألة : (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيباً ، كأنه أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ...) ٤٢٦ - ٤٣١
- فصل : إن أوصى بنصيب وارث ، ففيها وجهان ؛ ... ٤٢٨
- فصل : إن قال : أوصيت لك بضعف نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه . ٤٢٨ ، ٤٢٩
- فصل : إن قال : أوصيت لك بضعفى نصيب ابني . فله مثلاً نصيبه ... ٤٢٩ ، ٤٣٠

فصل : إن وصى بمثل نصيب من لا نصيب

له ، ... فلا شيء للموصى له . ٤٣٠

فصل : إن أوصى لرجل بثلث ، ولآخر... ٤٣٠ ، ٤٣١

فصل : لو أوصى بمثل نصيب وارث لو

كان ، فقدر الوارث موجودا ،

وانظر ما للموصى له مع وجوده ،

فهو له مع عدمه . ٤٣١

٩٦٣ - مسألة : (وإذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لآخر بمثل

نصيب أحدهم ، كان للموصى له الربع) ٤٣١ - ٤٤٤

فصل : إن خلف بنتا ، وأوصى بمثل نصيبها ،

فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابنا

عند من يرى الرد . ٤٣١ ، ٤٣٢

فصل : إذا خلف ثلاثة بنين ، وأوصى لثلاثة

بمثل أنصبتهم ، فالمال بينهم على ستة

إن أجازوا ، ... ٤٣٢ ، ٤٣٣

فصل : إذا وصى لرجل بجزء مقدر ، ولآخر

بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها

وجهان ؛ ... ٤٣٣ - ٤٣٥

فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ،

ولآخر بجزء مما بقى من المال ففيها

أيضا ثلاثة أوجه ؛ ... ٤٣٥ ، ٤٣٦

فصل : إن كانت الوصية الثانية بنصف ما

يبقى من الثلث ، أخذت مخرج

النصف والثلث . ٤٣٦

فصل : إن أوصى لثالث بربع المال ، فخذ

المخارج ، وهي ... ٤٣٦ ، ٤٣٧

فصل : إن كانت الوصية الثالثة برقع ما بقى
من المال بعد الوصيتين الأولين ،

فاعملها بطريق النصيب . ٤٣٧ ، ٤٣٨

فصل : إن خلف أما وأختا وعمما ، وأوصى
لرجل ... ، ولآخر ... ، فاعملها
بالمكوس . ٤٣٨

فصل : في الاستثناء ، إذا خلف ثلاثة بنين ،
وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع
المال ، ... ٤٣٨ ، ٤٣٩

فصل : إن قال : أوصيت لك بمثل نصيب أحد
بنى إلا ثلث ما يبقى من الثلث ... ٤٣٩ ، ٤٤٠
فصل : إن قال : إلا خمس ما يبقى من المال
بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما يبقى

من المال بعد وصية الأول ، ... ٤٤٠ - ٤٤٢
فصل : إن خلف أربعة بنين ، وأوصى لرجل
بثلث ماله إلا نصيب أحدهم ، ... ٤٤٢ ، ٤٤٣
فصل : إن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد
بنيه ، وهم ثلاثة ، ولآخر ... ٤٤٣

فصل : إن ترك ستائة ، ووصى لأجنبي
بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكل
واحد منهما مائة . ٤٤٣

فصل : إن أوصى لرجل بثلث ماله ،
ولآخر ... ٤٤٣ ، ٤٤٤

٩٦٤ - مسألة : (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو
برقع ماله ، ولم يُجز ذلك الورثة ، فالثلث
بينهما على ثلاثة أسهم ؛ لعمرو سهم ،

٤٤٤ - ٤٤٨

(ولزيد سهمان)

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال ، فاقسم

المال بينهم على قدر وصاياهم ، مثل

٤٤٦ ، ٤٤٧

العول .

فصل: إذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بماله

كله ، وللآخر بنصفه ، فالمال بين

٤٤٧ ، ٤٤٨

الوصيين على ثلاثة إن أجازا .

٩٦٥ - مسألة: (وإذا أوصى لولد فلان ، فهو للذكر

والأنثى بالسوية . وإن قال : لبنيه . فهو

٤٤٨ - ٤٥٥

للذكور دون الإناث)

فصل: إن أوصى لبنات فلان ، دخل فيه

٤٥٠ . الإناث دون غيرهن .

فصل: إن أوصى لولد فلان ، أو لبني فلان .

٤٥٠ . ولم يكونوا قبيلة ، فهو لولده لصلبه .

فصل: إن وصى لولد فلان ، أو بني فلان ،

وهم قبيلة ، ... دخل فيهم الذكر

٤٥٠ ، ٤٥١

والأنثى والخنثى .

فصل: إن أوصى لأخواته ، فهو للإناث

خاصة ، وإن أوصى لإخوته ، دخل

٤٥١ . فيه الذكر والأنثى .

فصل: ألفاظ الجموع على أربعة أضرب ؛ ... ٤٥١ ، ٤٥٢

فصل: إن وصى للأرامل ، فهو للنساء

اللاقى فارقهن أزواجهن بموت أو

٤٥٢ ، ٤٥٣

غيره .

فصل: أما لفظ الأيامى ، فهو كالأرامل ، إلا

٤٥٣ ، ٤٥٤

أنه لكل امرأة لا زوج لها .

- فصل : العزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء . ٤٥٤ ، ٤٥٥
- فصل : إذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم ، ... صح . ٤٥٥
- ٩٦٦ - مسألة : (والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) ٤٥٥ - ٤٦٥
- فصل : إن وصى بالحمل الموجود ، اعتبر وجوده . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لما تحمل هذه المرأة ، لم يصح . ٤٥٨
- فصل : إذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية . ٤٥٨ ، ٤٥٩
- فصل : إن أوصى بشجرة شجرة ، ... صح . ٤٥٩ ، ٤٦٠
- فصل : إن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار ، في المدة التي أوصى له بنفعها ، جاز . ٤٦٠
- فصل : إذا أوصى له بشجرة شجرة مدة ، أو بما يشمر أبداً ، لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجباراً الآخر على سقيها . ٤٦٠
- فصل : أما نفقة العبد الموصى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة . ٤٦٠ ، ٤٦١
- فصل : إذا أعتق الورثة العبد ، عتق . ٤٦١ ، ٤٦٢
- فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة أمته ، فأتت بولد من زوج أو زنى ، فهو مملوك ،

حكمه حكم أمه . ٤٦٣ ، ٤٦٢

فصل : ليس لواحد منهما تزويجها . ٤٦٣

فصل : إن قتل العبد الموصى بنفعه ، وجبت

قيمته ، يشتري بها ما يقوم مقام

الموصى به . ٤٦٣ ، ٤٦٤

فصل : إذا أوصى لرجل بحب زرع ، وآخر

بنيته ، صح ، والنفقة بينهما . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بخاتم ، وآخر

بقصه ، صح . ٤٦٤

فصل : إن أوصى لرجل بدينار من غلة

داره ، وغلته دیناران ، صح . ٤٦٥

فصل : تصح الوصية بما لا يقدر على

تسليمه . ٤٦٥

٩٦٧ - مسألة : (وإذا أوصى بمجارية لبشر ، ثم أوصى بها

لبكر ، فهي بينهما) ٤٦٥ - ٤٦٧

فصل : إن وصى بعبد لرجل ، ثم وصى

لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعا . ٤٦٥ ، ٤٦٦

فصل : إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث

لبشر ، وأقام آخر شاهدين أنه وصى

له بالثلث ، فرد الوارث الوصيتين ،

وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا ،

وشهد بالوصية ، حلف معه الموصى

له ، واشتركا في الثلث . ٤٦٦ ، ٤٦٧

٩٦٨ - مسألة : (وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر .

كانت لبكر) ٤٦٧ - ٤٧٠

فصل : إن قال : ما أوصيت به لفلان ،

- فنصفه لفلان ، أو ثلثه . كان رجوعا
 فى القدر الذى وصى به للثانى
 ٤٦٧ خاصة ، وباقيه للأول .
 فصل : أجمع أهل العلم على أن للموصى أن
 يرجع فى جميع ما أوصى به ، وفى
 ٤٦٨ بعضه ، إلا الوصية بالإعتاق .
 فصل : يحصل الرجوع بقوله : رجعت فى
 وصيتى ، أو أبطلتها ، أو غيرتها ، ... ، ٤٦٨ ، ٤٦٩
 فصل : إن وصى بحب ثم طحنه ، ... كان
 رجوعا . ٤٦٩
 فصل : إن وصى بشيء معين ، ثم خلطه
 بغيره على وجه لا يتميز منه ، كان
 رجوعا . ٤٦٩
 فصل : إذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه ،
 من غير فعل الموصى ، ... بطلت
 الوصية بها . ٤٦٩ ، ٤٧٠
 فصل : إن جحد الوصية ، لم يكن رجوعا . ٤٧٠
 فصل : نقل الحسن بن ثواب ، عن أحمد ، فى
 رجل قال : هذا ثلثى لفلان ، ويعطى
 فلان منه مائة فى كل شهر إلى أن
 يموت . فهو للآخر منهما . ٤٧٠
 ٩٦٩ - مسألة : (ومن كتب وصية ، ولم يشهد فيها ، حكم
 بها ، ما لم يعلم رجوعه عنها)
 ٤٧٠ - ٤٧٣ فصل : إن كتب وصيته ، وقال : اشهدوا
 على بما فى هذه الورقة ... لا يجوز
 ٤٧١ ، ٤٧٢ حتى يسمعوا منه ما فيه .

- فصل : ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ،
 ٤٧٣ ، ٤٧٢ ويشهد عليها .
- ٩٧٠ - مسألة : (وما أعطى في مرضه الذى مات فيه ، فهو
 من الثلث) ٤٧٣ - ٤٩١
- فصل : وحكم العطايا في مرض الموت
 المخوف ، حكم الوصية في خمسة
 أشياء ؛ ... ٤٧٤ - ٤٧٧
- فصل : إذا قال المريض : إذا أعتقت سعدا ،
 فسعيد حر . ثم أعتق سعدا ، عتق
 سعيد . ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : إن قال : إن تزوجت فعبدى حر .
 فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل ،
 فالزيادة محابة معتبرة من الثلث . ٤٧٨
- فصل : إذا أعتق المريض شقصا من عبد ، ثم
 أعتق شقصا من آخر ، ولم يخرج من
 الثلث إلا العبد الأول ، عتق وحده . ٤٧٩
- فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير
 عوض ، ... عتق . ٤٧٩ - ٤٨٢
- فصل : إن اشترى المريض أباه بألف ، لا مال
 له سواه ، ثم مات ، وخلف ابنا ، ...
 يعتق كله على المريض . ٤٨٢ - ٤٨٦
- فصل : إذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، ف تبرع
 بألف . ثم اشترى أباه مما بقى ، وله
 ابن ، ... يعتق الأب وينفذ من التبرع
 قدر ثلث المال حال الموت . ٤٨٦ ، ٤٨٧
- فصل : إن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق
 عليه ، ... فأعتقه في مرضه ، كان

- ٤٨٧ إعاقته وصية معتبرة من الثلث .
- فصل : ما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه ، ... فهو من رأس المال . ٤٨٧ ، ٤٨٨
- فصل : أما إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون ، صح قضاؤه . ٤٨٨
- فصل : إذا تبرع المريض ، أو أعتق ، ثم أقر يدين ، لم يطل تبرعه . ٤٨٨
- فصل : يعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان ؛ ... ٤٨٩ - ٤٩١
- ٩٧١ - مسألة : (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) ٤٩١ - ٥٠٨
- فصل : يحصل الخوف بغير ما ذكرناه ، في مواضع خمسة ، تقوم مقام المرض ؛ ... ٤٩٢ - ٤٩٤
- فصل : يعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت . ٤٩٤ - ٤٩٦
- فصل : إن أعتق ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ، وعليه دين بقدر قيمة أحدهم ، وكسب أحدهم مثل قيمته ، أقرعنا بينهم لإخراج الدين . ٤٩٦ ، ٤٩٧
- فصل : إن أعتق عبيدين متساويي القيمة ، بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ، فمات أحدهما ، أقرع بين الحي والميت ... ٤٩٧
- فصل : رجل أعتق عبدا ، لا مال له سواء ، قيمته عشرة ، فمات قبل سيده ،

- وخلف عشرين ، فهي لسيدة بالولاء . ٤٩٧ ، ٤٩٨
- فصل : فى المحابة فى المرض . ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : القسم الثانى ، المحابة فى التزويج . ٥٠٠ ، ٥٠١
- فصل : القسم الثالث ، أن يخالعهما فى مرضها بأكثر من مهرها ، فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها . ٥٠١ - ٥٠٣
- فصل : فى الهبة ؛ ... ٥٠٣ ، ٥٠٤
- فصل : إن وهب مريض مريضاً مائة ، لا يملك سواها ، ... ٥٠٤
- فصل : إن وهب رجل رجلاً جارية ، فقبضها الموهوب له ووطئها ، ... ٥٠٤ ، ٥٠٥
- فصل : إن وهب مريض رجلاً عبداً ، لا يملك غيره ، فقتل العبد الواهب ، قيل للموهوب له : إما أن تفديه ، وإما أن تسلمه . ٥٠٥ ، ٥٠٦
- فصل : مريض أعتق عبداً ، لا مال له سواه ، قيمته مائة ، فقطع إصبع سيده خطأ ، فإنه يعتق نصفه ، وعليه نصف قيمته . ٥٠٦ ، ٥٠٧
- فصل : إن أعتق عيدين ، دفعة واحدة ، قيمة أحدهما مائة ، والآخر مائة وخمسون ، ... ٥٠٧ ، ٥٠٨
- ٩٧٢ - مسألة : (ومن جاوز العشر سنين ؛ فوصيته جائزة إذا وافق الحق) ٥٠٨ - ٥١٤
- فصل : أما الطفل ، ... والمجنون ، والمبرسم ،

- ٥١٠ . فلا وصية لهم .
 فصل : أما المحجور عليه لفسه ، فإن وصيته
 تصح . ٥١١ ، ٥١٠
 فصل : تصح وصية الأخرس إذا فهمت
 إشارته . ٥١١
 فصل : إن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو
 أم ولد وصية ، ثم ماتوا على الرق ،
 فلا وصية لهم . ٥١٢ ، ٥١١
 فصل : تصح وصية المسلم للذمي ، والذمي
 للمسلم ، والذمي للذمي . ٥١٢
 فصل : تصح الوصية للحرى في دار الحرب . ٥١٣ ، ٥١٢
 فصل : لا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا
 عبد مسلم . ٥١٣
 فصل : لا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم . ٥١٤ ، ٥١٣
 ٩٧٣ - مسألة : (ومن أوصى لأهل قرية ، لم يعط من فيها من
 الكفار ، إلا أن يذكرهم) ٥١٤ - ٥١٦
 ٩٧٤ - مسألة : (ومن أوصى بكل ماله ، ولا عصة له ، ولا
 مولى له ، فجائز . وقد روى عن أبى عبد
 الله ، رحمه الله ، رواية أخرى : لا يجوز إلا
 الثلث) ٥١٦ - ٥١٨
 فصل : إن خلف ذا فرض ، لا يرث المال
 كله ، ... لم يكن له الوصية بأكثر
 من الثلث . ٥١٧
 فصل : إن خلف ذا فرض لا يرث المال كله ،
 وقال : أوصيت لفلان بثلثي ، على
 أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من

٥١٨، ٥١٧

فرضه ... صح .

٩٧٥ - مسألة : (ومن أوصى لعبده بثلث ماله ، فإن كان

العبد يخرج من الثلث عتق ، وما فضل من

الثلث بعد عتقه ، فهو له ، وإن لم يخرج من

الثلث ، عتق منه بقدر الثلث ، إلا أن يجيز

الورثة)

٥٢٢ - ٥١٨

فصل : إن أوصى له بمعين من ماله ، ...

٥١٩

فالوصية باطلة .

فصل : إن أوصى له بربقته ، فهو تدبير ،

٥١٩

يعتق إن حمله الثلث .

فصل : إن أوصى لمكاتبه ، أو مكاتب

٥٢٠، ٥١٩

وارثه ، أو مكاتب أجنبي ، صح .

٥٢١، ٥٢٠

فصل : إن أوصى لعبد غيره ، صح .

فصل : إذا أوصى بعتق أمته ، على أن لا

تتزوج . ثم مات ، فقالت : لا أتزوج .

٥٢١

عتقت .

فصل : اختلف أصحابنا في الوصية للقاتل

٥٢٢، ٥٢١

على ثلاثة أوجه ؛ ...

٩٧٦ - مسألة : (وإذا قال : أحد عبدي حر . أقرع بينهما ،

فمن تقع عليه القرعة ، فهو حر ، إذا خرج

من الثلث)

٥٢٣، ٥٢٢

فصل : نقل صالح عن أبيه ، في من له غلامان

اسمهما واحد ، فقال : فلان حر بعد

موتى . وله مائتا درهم . ولم يعينه ،

٥٢٣

يقرع بينهما .

٩٧٧ - مسألة : (وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة ،

- فيعتق ، فلم يعه سيدة ، فالخمسائة
للورثة . وإن اشتروه بأقل ، فما فضل فهو
للورثة) ٥٢٣ - ٥٢٥
- فصل : إن وصى أن يشتري عبد بألف ،
فيعتق عنه ، فلم يخرج من ثلثه ،
اشترى عبد بما يخرج من الثلث . ٥٢٤ ، ٥٢٥
- فصل : إن وصى بشراء عبد وأطلق ، أو
وصى ببيع عبده وأطلق ، فالوصية
باطلة . ٥٢٥
- ٩٧٨ - مسألة : (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره ،
وقيمته مائة ، ولآخر بثلث ماله ، وملكه
غير العبد مائتا درهم ، فأجاز الورثة ذلك ،
فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع
العبد ، ... وإن لم يجز الورثة ذلك ، ...) ٥٢٥ - ٥٢٩
- ٩٧٩ - مسألة : (ومن أوصى لقربائه ، فهو للذكر والأنثى
بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ؛ لأن
النبي ﷺ لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى
القربى) ٥٢٩ - ٥٣٣
- فصل : إن وصى لأقرب أقاربه ، لم يدفع إلى
الأبعد مع وجود الأقرب . ٥٣١ - ٥٣٣
- ٩٨٠ - مسألة : (وإن قال : لأهل بيتى . أعطى من قبل أبيه
وأمه) ٥٣٣ - ٥٤١
- فصل : إن وصى لآله ، فهو مثل قرابته . ٥٣٤ ، ٥٣٥
- فصل : إن وصى لمواليه ، وله موال من
فوق ، وهم معتقوه ، فالوصية لهم . ٥٣٥ ، ٥٣٦
- فصل : إن وصى لجيرانه ، فهم أهل أربعين

٥٣٧ ، ٥٣٦

دارا من كل جانب .

فصل : إن وصى لأهل دربه أو سكته ، فهم

أهل المحلة الذين طريقهم في دربه . ٥٣٧

فصل : إن وصى لأصناف الزكاة المذكورين

في القرآن ، فهم الذين يستحقون من

الزكاة ، وينبغي أن يجعل لكل صنف

٥٣٨ ، ٥٣٧

ثمن الوصية .

فصل : إن أوصى بشيء لزيد وللمساكين ،

فلزيد نصف الوصية . ٥٣٨

فصل : إن قال : اشتروا بثلثي رقابا ،

فأعتقوهم . لم يجوز صرفه إلى

٥٤٠ - ٥٣٨

المكاتبين .

فصل : نقل المروذي ، عن أحمد ، في من

أوصى بثلثه في أبواب البر ، يجوز ثلاثة

٥٤١ ، ٥٤٠

أجزاء ؛ ...

٩٨١ - مسألة : (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة . فما

٥٤٥ - ٥٤١

فضل رد في الحج)

فصل : إذا أوصى بحج واجب ، أو غيره من

الواجبات ، ... لم يخل من أربعة

٥٤٥ ، ٥٤٣

أحوال ؛ ...

٩٨٢ - مسألة : (وإن قال : حجة بخمسمائة . فما فضل فهو

٥٤٦ ، ٥٤٥

لمن يحج)

فصل : إن عين رجلا للحج ، فأبى أن يحج ،

بطل التعمين . ٥٤٦

٩٨٣ - مسألة : (وإن قال : حجوا عني حجة . فما فضل

٥٤٨ - ٥٤٦

رد إلى الورثة)

فصل : إذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة ،

لم يكن للوصى الحج بنفسه . ٥٤٧

فصل : إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ، ...

فأجاز الورثة ، أمضيت على ما قال

الموصى . ٥٤٧ ، ٥٤٨

فصل : إن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو

ببقية الثلث ، قَوِّم العبد يوم موت

الموصى . ٥٤٨

٩٨٤ - مسألة : (ومن أوصى بثلث ماله لرجل ، فقتل عمدا

أو خطأ ، وأخذت الدية ، فلمن أوصى له

بالثلث ثلث الدية ، في إحدى الروايتين ،

والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية

شئ) ٥٤٨ ، ٥٤٩

فصل : إن كانت الوصية بمعين ، ... يعتبر

خروجه من ثلث ماله وديته ، ... ٥٤٩

فصل : إن أوصى ، ثم استفاد مالا قبل

الموت ، ... الوصية تعتبر من جميع ما

يخلفه من التلاد والمستفاد . ٥٤٩

٩٨٥ - مسألة : (وإذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى

آخر ، فهما وصيان ، إلا أن يقول : قد

أخرجت الأول) ٥٥٠ - ٥٥٥

فصل : يجوز أن يوصى إلى رجل بشئ دون

شئ . ٥٥١

فصل : يجوز أن يوصى إلى رجلين معا في

شئ واحد ، ويجعل لكل واحد منهما

التصرف منفردا . ٥٥١ ، ٥٥٢

- فصل : في من تصح الوصية إليه ، ومن لا تصح . ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : يعتبر وجود هذه الشروط في الوصى حال العقد والموت ، في أحد الوجهين ، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب ، كالوصية له . ٥٥٤
- فصل : إذا قال : أوصيت إلى زيد ، فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو . صح . ٥٥٤ ، ٥٥٥
- ٩٨٦ - مسألة : (وإذا كان الوصى خائفا ، جعل معه أمين) ٥٥٥ - ٥٥٨
- فصل : أما العدل الذي يعجز عن النظر ، لعلة أو ضعف ، فإن الوصية تصح إليه . ٥٥٦
- فصل : إذا تغيرت حال الوصى بجنون ، أو كفر ، أو سفه ، زالت ولايته . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- فصل : يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى . ٥٥٧
- فصل : يجوز أن يجعل للوصى جعلا . ٥٥٧
- فصل : إذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصى إلى من يشاء ، ... صح . ٥٥٨
- ٩٨٧ - مسألة : (وإن كانا وصيين ، فمات أحدهما ، أقيم مقام الميت أمين) ٥٥٨ - ٥٦٣
- فصل : إذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما ، لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يقسم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعا . ٥٦٠
- فصل : لا بأس بالدخول في الوصية . ٥٦٠ ، ٥٦١

- فصل : إن مات رجل لا وصى له ، ولا حاكم
في بلده ، ... يجوز لرجل من
المسلمين أن يتولى أمره . ٥٦١
- فصل : إذا أوصى إليه بتفريق مال ، لم يكن
له أخذ شيء منه . ٥٦١
- فصل : إن وصى إليه بتفريق ثلثه ، فأبى
الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم ،
ففيه روايتان ؛ .. ٥٦٢
- فصل : إذا علم الوصى أن على الميت ديناً ،
إما بوصية الميت أو غيرها ... لا
يقضيه إلا ببينة . ٥٦٢ ، ٥٦٣
- ٩٨٨ - مسألة : (ومن أتحق في مرضه ، أو بعد موته ،
عبدین ، لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما
مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يجز الورثة ،
أقرع بينهما ، ...) ٥٦٣ - ٥٦٥
- ٩٨٩ - مسألة : (وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ، ولم
يسم العبد ، كان له أحدهم بالقرعة ، إذا
كان يخرج من الثلث ، وإلا ملك منه بقدر
الثلث) ٥٦٥ - ٥٧١
- فصل : إن وصى الرجل بعبد ، صحت
الوصية . ٥٦٦ ، ٥٦٧
- فصل : إن وصى له بشاة من غنمه ، فالحكم
فيها كالحكم في الوصية بعبد من
عبيده ، ويقع هذا الاسم على الضأن
والمعز . ٥٦٧
- فصل : إن وصى بجمل ، لم يكن إلا ذكراً .

- وإن وصى بناق ، لم تكن إلا أنثى .
وإن قال عشرة من إبل ، وقع على
الذكر والأنثى جميعا . ٥٦٧ ، ٥٦٨
- فصل : إن وصى له بثور ، فهو ذكر . وإن
وصى له ببقرة ، فهي أنثى . وإن
وصى بدابة ، فهي واحدة من الخيل
والبغال والحُمير ، يتناول الذكر
والأنثى . ٥٦٨
- فصل : إن أوصى بكلب يباح اقتناؤه ،
صحت الوصية . ٥٦٨ ، ٥٦٩
- فصل : إن وصى له بطبل حرب ، صحت
الوصية به . ٥٦٩ ، ٥٧٠
- فصل : لو أوصى له بقوس ، صحت
الوصية . ٥٧٠ ، ٥٧١
- فصل : إن وصى له بعود ، وله عود هو
وغيره ، لم تصح الوصية . ٥٧١
- ٩٩٠ - مسألة : (وإذا أوصى له بشيء بعينه ، فتلّف بعد
موت الموصى ، لم يكن للموصى له شيء .
وإن تلف المال كله إلا الموصى به ، فهو
للموصى له) ٥٧١ ، ٥٧٢
- فصل : إن وصى له بمعين ، فاستحق بعضه أو
هلك ، فله ما بقى منه . ٥٧٢
- ٩٩١ - مسألة : (ومن أوصى له بشيء فلم يأخذه زمانا ،
قوم وقت الموت ، لا وقت الأخذ) ٥٧٢ - ٥٧٧
- فصل : والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من
الثلث حين الموت . ٥٧٣ ، ٥٧٤

فصل : إن وصى بمعين حاضر ، وسائر ماله
دين أو غائب ، فليس للوصى أخذ
المعين قبل قدوم الغائب أو استيفاء
الدين .

٥٧٥ ، ٥٧٤

فصل : إن كان الدين مثل العين ، فوصى
لرجل بثلته ، فلا شيء له قبل
استيفائه .

٥٧٥

فصل : لو وصى لرجل بثلث ماله ، وله
مائتان دينا ، وبعد يساوى مائة ،
ووصى لآخر بثلث العبد ، اقتسما
ثلث العبد نصفين .

٥٧٦ ، ٥٧٥

فصل : إن خلف ابنين ، وترك عشرة عينا ،
وعشرة دينا على أحد ابنيه ، وهو
معسر ، ووصى لأجنبي بثلث ماله ،
فإن الوصى والابن الذى لا دين عليه
يقتسمان العشرة العين نصفين ،

ويسقط عن المدين ثلثا دينه ، ...

٥٧٦

فصل : نماء العين الموصى بها إن كان
متصلا ... فهو تابع للعين .

٥٧٧

٩٩٢ - مسألة : (وإذا أوصى بوصايا فيها عتاقة ، فلم يف
الثلث بالكل ، تحاصوا فى الثلث ، وأدخل
النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى
الوصية)

٥٧٨ ، ٥٧٧

فصل : والعطايا المعلقة بالموت ، ... وصايا
حكمها حكم غيرها من الوصايا فى
التسوية بين مقدمها ومؤخرها .

٥٧٨

فصل : إذا أوصى بعق عبده ، لزم الوارث

٥٧٨

إعتاقه .

٩٩٣ - مسألة : (ومن أوصى بفرس في سبيل الله ، وألف

درهم تنفق عليه ، فمات الفرس ، كانت

الألف للورثة . وإن أنفق بعضها ، رد الباقي

٥٧٨ - ٥٨٤

إلى الورثة)

فصل : إذا قال : يخدم عبدى فلانا سنة ، ثم

٥٧٩

هو حر ، صحت الوصية .

فصل : إذا أوصى لعمه بثلث ماله ، ولخاله

بُعشره ، فردت وصيتهما ، فتحاصا

٥٧٩ - ٥٨٤

في الثلث ، ...

آخر الجزء الثامن

ويليه الجزء التاسع ، وأوله :

كتاب الفرائض

والحمد لله حقَّ حَمْدِهِ